

## University of Groningen

### Opzet, kans en keuzes

van Dijk, A.A.

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

van Dijk, A. A. (2017). *Opzet, kans en keuzes: een analyse van doodslag in het verkeer*. Paris.

#### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# **Opzet, kans en keuzes**

*Een analyse van doodslag in het verkeer*



# Opzet, kans en keuzes

*Een analyse van doodslag in het verkeer*

mr. dr. drs. A.A. van Dijk



---

UITGEVERIJ *Paris*

Zutphen 2017

ISBN 978-94-6251-142-2  
NUR 824

© 2017 A.A. van Dijk en Uitgeverij Paris

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch door fotokopieën, opnamen of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, <[www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)>). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, <[www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)>).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

# Verkorte inhoudsopgave

Hoofdstuk 1	
<b>Inleiding</b>	<b>1</b>
Hoofdstuk 2	
<b>Ongelijkheid, onjuistheid en cassatiebestendigheid van feitelijke uitspraken</b>	<b>7</b>
Hoofdstuk 3	
<b>Plaatsbepaling van voorwaardelijk opzet</b>	<b>59</b>
Hoofdstuk 4	
<b>Een cognitieve analyse van de Porschezaak</b>	<b>79</b>
Hoofdstuk 5	
<b>Een volitieve analyse van de Porschezaak</b>	<b>109</b>
Hoofdstuk 6	
<b>Doodslag in het verkeer in de praktijk</b>	<b>169</b>
Hoofdstuk 7	
<b>Het begrip ‘aanmerkelijke kans’</b>	<b>335</b>
Hoofdstuk 8	
<b>Een kritische evaluatie van de feitenrechtspraak</b>	<b>399</b>
<b>Literatuur</b>	<b>533</b>
Bijlage	
<b>Relevante wetsbepalingen</b>	<b>555</b>

# Volledige inhoudsopgave

## Hoofdstuk 1

<b>Inleiding</b>	<b>1</b>
------------------	----------

## Hoofdstuk 2

<b>Ongelijkheid, onjuistheid en cassatiebestendigheid van feitelijke uitspraken</b>	<b>7</b>
---	----------

<b>2.1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>7</b>
<b>2.2</b>	<b>Rechtsongelijkheid in de feitenrechtspraak</b>	<b>8</b>
<b>2.3</b>	<b>Bronnen van de rechterlijke overtuiging</b>	<b>11</b>
<b>2.4</b>	<b>Aard van de rechterlijke overtuiging</b>	<b>18</b>
<b>2.5</b>	<b>Toetsing in cassatie</b>	<b>26</b>
<b>2.6</b>	<b>De vrijheid van de feitenrechter: de cassatievrije zone</b>	<b>30</b>
2.6.1	INLEIDING	30
2.6.2	MARGINALE TOETSING	30
2.6.3	BEPERKTE TOETSING	33
2.6.4	DE INVLOED VAN DE FEITENRECHTER OP DE VOOR DE HOGE RAAD KENBARE FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN	36
2.6.5	BESLUIT	38
<b>2.7</b>	<b>Oorzaken van rechtsongelijkheid</b>	<b>40</b>
2.7.1	INLEIDING	40
2.7.2	VERSCHILLENDE INTERPRETATIES VAN OPZET	41
2.7.3	VERSCHILLENDE BEOORDELINGEN VAN BEWIJSRECHTELIJKE INFERENTIEREGELS	43
2.7.4	VERSCHILLENDE OVERTUIGINGSSTANDAARDEN	44
2.7.5	BESLUIT	46
<b>2.8</b>	<b>De relatie tussen ongelijke rechterlijke beslissingen en onjuiste rechterlijke beslissingen</b>	<b>47</b>
<b>2.9</b>	<b>Besluit: de weg naar minder rechtsongelijkheid</b>	<b>55</b>

### Hoofdstuk 3

## **Plaatsbepaling van voorwaardelijk opzet** **59**

<b>3.1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>59</b>
<b>3.2</b>	<b>De verhouding tussen voorwaardelijk opzet, zekerheidsopzet en doelopzet</b>	<b>59</b>
<b>3.3</b>	<b>De opkomst van voorwaardelijk opzet</b>	<b>62</b>
<b>3.4</b>	<b>De cognitieve, volitieve en normatieve opzettingtheorie</b>	<b>63</b>
3.4.1	INLEIDING	63
3.4.2	DE COGNITIEVE OPZETTHEORIE	64
3.4.3	DE VOLITIEVE OPZETTHEORIE	65
3.4.4	DE NORMATIEVE OPZETTHEORIE	66
<b>3.5</b>	<b>De benadering van de Hoge Raad</b>	<b>68</b>
<b>3.6</b>	<b>De Porschezaak</b>	<b>72</b>

### Hoofdstuk 4

## **Een cognitieve analyse van de Porschezaak** **79**

<b>4.1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>79</b>
<b>4.2</b>	<b>De zelfbehoudsthese</b>	<b>80</b>
<b>4.3</b>	<b>De gevaarperceptiethese</b>	<b>81</b>
<b>4.4</b>	<b>De rationaliteitsthese: de kansintegratietheorie</b>	<b>83</b>
4.4.1	DE KANSINTEGRATIETHEORIE	83
4.4.2	TOEPASSING OP DE PORSCHEZAAK	87
4.4.3	BRUIKBAARHEID IN DE PRAKTIJK	89
4.4.4	STRUCTURERING VAN HET WETENSCHAPPELIJK DEBAT	95
<b>4.5</b>	<b>De onbewustheidsthese</b>	<b>96</b>
<b>4.6</b>	<b>Moraal van het verhaal: de cognitieve component is niet vervuld</b>	<b>99</b>
<b>4.7</b>	<b>Het analytische verband tussen de cognitieve en de volitieve component</b>	<b>100</b>
<b>4.8</b>	<b>Beoordeling van de volitieve component: wat heeft de bestuurder al dan niet gewild?</b>	<b>107</b>



**Een volitieve analyse van de Porschezaak 109**

<b>5.1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>109</b>
<b>5.2</b>	<b>De cognitieve component: anterieure wetenschap, minimale wetenschap of onbewuste wetenschap?</b>	<b>109</b>
5.2.1	INLEIDING	109
5.2.2	ANTERIEURE WETENSCHAP	110
5.2.3	MINIMALE WETENSCHAP	112
5.2.4	ONBEWUSTE WETENSCHAP	116
5.2.4.1	Inleiding	116
5.2.4.2	Expliciete, impliciete en latente wetenschap	116
5.2.4.3	Onbewust 'willen' en 'weten': de opvatting van Knigge	118
5.2.4.4	Onbewust 'weten' in de Porschezaak: de opvatting van Otte	128
<b>5.3</b>	<b>De volitieve component: voorgestelde voorwaardelijke wenselijkheid, voorspelde voorwaardelijke wenselijkheid of cryptocognitivisme?</b>	<b>132</b>
5.3.1	INLEIDING	132
5.3.2	VOORGESTELDE VOORWAARDELIJKE WENSELIJKHEID	132
5.3.3	VOORSPELDE VOORWAARDELIJKE WENSELIJKHEID	134
5.3.4	CRYPTOCOGNITIVISME	138
5.3.4.1	Inleiding	138
5.3.4.2	Wat is cryptocognitivisme?	138
5.3.4.3	Het onderscheid tussen cognitieve en volitieve geestesgesteldheden	139
5.3.4.4	Cryptocognitivisme in de Nederlandse doctrine	141
5.3.4.5	Toepassing op de Porschezaak	149
<b>5.4</b>	<b>Een volitieve duiding van de rechtspraak van de Hoge Raad</b>	<b>149</b>
5.4.1	INLEIDING	149
5.4.2	DE VOLITIEVE COMPONENT	151
5.4.3	DE COGNITIEVE COMPONENT	152
5.4.4	BESLUIT: EEN VOLITIEVE DUIDING VAN HET PORSCHE-ARREST	155
<b>5.5</b>	<b>Hoe verhoudt de echte cognitieve interpretatie zich tot de cryptocognitieve interpretatie?</b>	<b>155</b>
5.5.1	INLEIDING	155
5.5.2	HOE KUNNEN DE TWEE INTERPRETATIES MET ELKAAR WORDEN VERGELEKEN?	156
5.5.3	TWEE MOGELIJKE VERSCHILLEN	157

5.5.4	EEN PLEIDOOI VOOR IDENTIEKE INTERPRETATIE	159
<b>5.6</b>	<b>Hoe is de cognitieve grens tot stand gekomen?</b>	<b>160</b>
5.6.1	INLEIDING	160
5.6.2	EERSTE HYPOTHESE: DE HOGE RAAD HINKT OP TWEE THEORIEËN	160
5.6.3	TWEDE HYPOTHESE: EEN MINDER GELUKKIGE VERTALING	162
<b>5.7</b>	<b>Een pleidooi tegen humpty dumptyisme</b>	<b>167</b>

## Hoofdstuk 6

# **Doodslag in het verkeer in de praktijk** **169**

<b>6.1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>169</b>
<b>6.2</b>	<b>Opzet op de eigen dood</b>	<b>175</b>
6.2.1	INLEIDING	175
6.2.2	RECHTSPRAAK	175
6.2.3	ANALYSE	177
<b>6.3</b>	<b>Ongelijk risico</b>	<b>178</b>
6.3.1	INLEIDING	178
6.3.2	RECHTSPRAAK	179
6.3.3	ANALYSE	182
<b>6.4</b>	<b>Doelopzet op geweld</b>	<b>189</b>
6.4.1	INLEIDING	189
6.4.2	RECHTSPRAAK	190
6.4.3	ALGEMENE ANALYSE: DOELBEWUSTE GEWELDSHANDELINGEN	193
6.4.3.1	Inleiding	193
6.4.3.2	Het verschil tussen het Porsche-arrest en zaak 3b (Remmen)	193
6.4.3.3	De doelbewuste geweldshandeling en de motivering van opzet	195
6.4.3.4	De opmerkelijke discrepantie tussen de veroordeling en de vrijspraak	197
6.4.3.5	Het Porscheplusverweer	199
6.4.3.6	Vrijwillige terugtred in zaak 3c (Kanaal)	200
6.4.3.7	Besluit	202
6.4.4	BIJZONDERE ANALYSE: INRIJDEN OP POLITIEAGENTEN	203
6.4.4.1	Inleiding	203
6.4.4.2	Inrijden als gewelddadige handeling	203

6.4.4.3	Verschillende benaderingen in de feitenrechtspraak	205
6.4.4.3.a	<i>Inleiding</i>	205
6.4.4.3.b	<i>Vrijspraken verklaard: een kleine kans op de dood</i>	206
6.4.4.3.c	<i>Veroordelingen verklaard: de bijzondere aard van de bedreiging</i>	208
6.4.4.3.d	<i>De cassatiebestendigheid van de verschillende uitkomsten</i>	210
6.4.4.4	Bewustzijn van de aanwezigheid van het slachtoffer	211
6.4.4.5	Uitwijkmanoeuvres van de verdachte	214
<b>6.5</b>	<b>Belastende uitspraken van de verdachte</b>	<b>224</b>
6.5.1	INLEIDING	224
6.5.2	RECHTSPRAAK	225
6.5.3	ANALYSE	228
6.5.4	DE BEWIJSKRACHT VAN UITSPRAKEN VAN DE VERDACHTE	233
<b>6.6</b>	<b>Anterieur opzet</b>	<b>235</b>
6.6.1	INLEIDING	235
6.6.2	EEN DOGMATISCHE PLAATSBEPALING VAN ANTERIEUR OPZET	235
6.6.2.1	<i>Inleiding</i>	235
6.6.2.2	<i>Typering van anterieur opzet</i>	236
6.6.2.3	<i>Afwezigheid van doelopzet en zekerheidsbewustzijn</i>	238
6.6.2.4	<i>Onbepaaldheid van het opzet-object</i>	239
6.6.2.5	<i>Gebrek aan co-existentie</i>	242
6.6.2.5.a	<i>Inleiding</i>	242
6.6.2.5.b	<i>Andere manifestaties van gebrek aan co-existentie</i>	242
6.6.2.5.c	<i>Duiding van het anterieur-opzetvoorbeeld</i>	245
6.6.2.5.d	<i>Risicocumulatie</i>	248
6.6.2.5.e	<i>Capaciteit tot opzetvorming en controle</i>	251
6.6.2.6	<i>Besluit</i>	253
6.6.3	RECHTSPRAAK	256
6.6.4	ANTERIEUR OPZET IN DE FEITENRECHTSPRAAK	264
6.6.4.1	<i>Inleiding</i>	264
6.6.4.2	<i>Kenmerken van anterieur opzet</i>	264
6.6.4.3	<i>Anterieur opzet bij de poging</i>	269
6.6.5	ANTERIEUR OPZET EN DE HOGE RAAD	273
6.6.5.1	<i>Inleiding</i>	273
6.6.5.2	<i>Anterieur opzet in verkeerszaken</i>	273
6.6.5.3	<i>Anterieur opzet buiten de verkeerscontext</i>	279
6.6.5.4	<i>Besluit</i>	283

<b>6.7</b>	<b>Opzet bij nalaten</b>	<b>284</b>
6.7.1	INLEIDING	284
6.7.2	RECHTSPRAAK	285
6.7.3	ACTUS REUS BIJ NALATEN: DE BIJZONDERE ZORGPLICHT EN CONTROLE	286
6.7.4	CAUSALITEIT BIJ NALATEN: EEN STRIKT OF EEN COULANT CRITERIUM?	290
6.7.5	ANALYSE	298
6.7.5.1	Inleiding	298
6.7.5.2	Causaliteit en opzet in zaak 6a (Fietser in kanaal)	298
6.7.5.3	Doorrijden na een ongeval en doodslag	303
6.7.5.4	Andere manifestaties van nalaten in de verkeerscontext	305
6.7.5.5	De bewijsrechtelijke rol van nalaten	307
<b>6.8</b>	<b>Deelneming</b>	<b>308</b>
6.8.1	INLEIDING	308
6.8.2	RECHTSPRAAK	308
6.8.3	ANALYSE	313
6.8.3.1	Inleiding	313
6.8.3.2	De wezenlijkheid van de bijdrage bij het zich niet distantiëren	315
6.8.3.3	Het gezamenlijke doel	317
6.8.3.4	De relatie tussen het voor medeplegen vereiste opzet en controle	318
6.8.3.4.a	<i>Inleiding</i>	318
6.8.3.4.b	<i>Het voor medeplegen vereiste opzet</i>	319
6.8.3.4.c	<i>Opzet, controle en de wezenlijkheid van de bijdrage</i>	321
6.8.3.4.d	<i>Toepassing</i>	323
6.8.3.5	Zaak 7a (Slepen)	326
6.8.3.6	Zaak 7c (Bedreigende achtervolging)	328
6.8.3.7	De Nijmeegse scooterzaak	330

## Hoofdstuk 7

# Het begrip ‘aanmerkelijke kans’ 335

<b>7.1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>335</b>
<b>7.2</b>	<b>Het verschil tussen de objectieve en subjectieve kans</b>	<b>336</b>
7.2.1	INLEIDING	336
7.2.2	DE SUBJECTIEVE KANS	336
7.2.3	DE SUBJECTIEVE AARD VAN DE OBJECTIEVE KANS	337
7.2.4	DE RELATIE TUSSEN STATISTISCHE INFORMATIE EN DE OBJECTIEVE KANS	339

7.2.5	BESLUIT	343
<b>7.3</b>	<b>De aanmerkelijke kans in objectieve zin</b>	<b>343</b>
7.3.1	INLEIDING	343
7.3.2	DRIE BENADERINGEN VAN HET BEGRIP 'AANMERKELIJKE KANS'	344
7.3.3	DE ONWENSELIJKHEID VAN EEN OBJECTIEF KANSVEREISTE VOOR VOORWAARDELIJK OPZET	347
7.3.3.1	Inleiding	347
7.3.3.2	Eerste argument: bewustheid van een kans veronderstelt een correlaat in de werkelijkheid	347
7.3.3.3	Tweede argument: het objectieve kansvereiste garandeert de straffeloosheid van de ondeugdelijke poging	350
7.3.3.4	Derde argument: het objectieve kansvereiste vormt een materieelrechtelijke bewijsdrempel	351
7.3.3.5	Vierde argument: de zwakke intentionele betrekking behoeft compensatie	353
7.3.3.6	Besluit: het opzetbegrip moet niet belast worden met een wezensvreemd element	355
<b>7.4</b>	<b>Een empirisch onderzoek naar de ondergrens van de aanmerkelijke kans</b>	<b>357</b>
<b>7.5</b>	<b>Het vaststellen van de objectieve kans</b>	<b>376</b>
7.5.1	INLEIDING	376
7.5.2	KANS EN PERSPECTIEF	376
7.5.3	ANALYSE VAN DE GRONINGER SCHIETZAAK	381
7.5.4	VERHOUDING TOT DE RECHTSPRAAK VAN DE HOGE RAAD	392
7.5.5	BESLUIT	396

## Hoofdstuk 8

### **Een kritische evaluatie van de feitenrechtspraak 399**

<b>8.1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>399</b>
<b>8.2</b>	<b>Toetsingsmethodologie</b>	<b>399</b>
8.2.1	INLEIDING	399
8.2.2	DE TERUGHOUDENDE BENADERING VAN DE HOGE RAAD: BEPERKTE EN MARGINALE TOETSING	400
8.2.3	PLEIDOOI VOOR EEN RECHTSTREEKSE TOETSING AAN HET IN DUBIO PRO REO-BEGINSEL	401
8.2.4	TOETSINGSGRONDSLAG: DE JUISTE INTERPRETATIE VAN OPZET?	405

<b>8.3</b>	<b>Inrijden op politieagenten</b>	<b>409</b>
8.3.1	INLEIDING	409
8.3.2	EEN BLIK OP HET SLAGVELD	411
8.3.3	HET BEPALEN VAN DE KANS OP BASIS VAN EMPIRISCH ONDERZOEK EN PSYCHOLOGISCHE ASSUMPTIES	412
8.3.4	ANALYSE VAN EEN REFERENTIEZAAK EN OMLIJNING VAN RISICOVERHOGENDE OMSTANDIGHEDEN	414
8.3.5	SPANNING MET HET IN DUBIO PRO REO-BEGINSEL	417
8.3.6	DE SUBJECTIEVE KANS	421
8.3.7	EEN AANMERKELIJKE KANS OP BASIS VAN EEN HYPOTHETISCHE KANS?	423
<b>8.4</b>	<b>Rijden onder invloed</b>	<b>426</b>
8.4.1	INLEIDING	426
8.4.2	TWEE VOORBEELDZAKEN	427
8.4.3	ANTERIEUR OPZET IN DE FEITENRECHTSPRAAK	430
8.4.4	INTOXICATIE ALS GRONDSLAG VOOR HET BEWIJS VAN ANTERIEUR OPZET	433
8.4.5	HET GEVAAR VAN DRONKEN RIJDEN: RELATIEVE EN ABSOLUTE RISICO'S	435
8.4.6	DE VALIDITEIT VAN INTOXICATIE ALS ARGUMENT VOOR OPZET	441
8.4.6.1	Inleiding	441
8.4.6.2	De alleen op intoxicatie gebaseerde objectieve kans	441
8.4.6.3	Bijstelling van de objectieve kans op basis van risicoverhogende factoren	442
8.4.6.4	De objectieve kans dat een ongeval <i>niet</i> leidt tot de dood van een ander	444
8.4.6.5	De subjectieve kans	445
8.4.6.6	Besluit	447
<b>8.5</b>	<b>De kansintegratietheorie en opzet: naar een breder toepassingsbereik van de Porschedoctrine?</b>	<b>450</b>
8.5.1	INLEIDING	450
8.5.2	DE KANSINTEGRATIETHEORIE	450
8.5.3	TOEPASSING OP DE PORSCHENZAAK	453
8.5.4	NAAR EEN BREDER TOEPASSINGSBEREIK VAN DE PORSCHEDOCTRINE?	455
8.5.4.1	Inleiding	455
8.5.4.2	De onwenselijke gevolgen van een ongeval	456
8.5.4.2.a	<i>Inleiding</i>	456
8.5.4.2.b	<i>Veroorzaking van dood of letsel bij zichzelf</i>	457
8.5.4.2.c	<i>Beschadiging van de eigen auto</i>	458
8.5.4.2.d	<i>Voortijdige beëindiging van de rit</i>	459
8.5.4.2.e	<i>Strafrechtelijke of civielrechtelijke aansprakelijkheid</i>	459
8.5.4.2.f	<i>Veroorzaking van dood of letsel bij geliefden</i>	460
8.5.4.2.g	<i>Veroorzaking van dood of letsel bij onbekende anderen</i>	463

8.5.4.3	De beperkte waarde van het ongelijke-risicoargument	467
8.5.4.3.a	<i>Inleiding</i>	467
8.5.4.3.b	<i>De beperkte waarde van het botsobject bij anterieur opzet</i>	467
8.5.4.3.c	<i>De verhouding tussen doodslagopzet en de kans op de eigen dood</i>	469
8.5.4.3.d	<i>De verhouding tussen doodslagopzet en andere negatieve gevolgen</i>	470
	<i>Inleiding</i>	470
	<i>Veroorzaking van eigen letsel</i>	470
	<i>Veroorzaking van dood of letsel bij geliefden en onbekende anderen</i>	471
	<i>Strafrechtelijke of civielrechtelijke aansprakelijkheid</i>	472
	<i>Beschadiging van de eigen auto</i>	472
	<i>Voortijdige beëindiging van de rit</i>	472
8.5.4.4	Een breder toepassingsbereik van de Porschedoctrine	473
8.5.4.4.a	<i>Inleiding</i>	473
8.5.4.4.b	<i>Zaak 3b (Remmen)</i>	474
8.5.4.4.c	<i>Een rationele reconstructie van de geestesgesteldheid</i>	475
	<i>Inleiding</i>	475
	<i>Structurering van het keuzeprobleem aan de hand van een beslissingsboom</i>	476
	<i>Toekenning van overtuigingsgraden</i>	478
	<i>Toekenning van waarderingsgraden</i>	480
	<i>Genereren van wenselijkheidsgraden</i>	480
	<i>Te remmen of niet te remmen, dat is de kwestie</i>	482
8.5.4.4.d	<i>Een globalere reconstructie van de geestesgesteldheid</i>	483
8.5.4.4.e	<i>Van 'niet zouden willen' naar 'niet hebben geweten'</i>	485
8.5.4.4.f	<i>Een kloppende reconstructie van de geestesgesteldheid: toetsing aan het in dubio pro reo-beginsel</i>	486
8.5.4.4.g	<i>Besluit: extrapolatie van de redenatie</i>	489
<b>8.6</b>	<b>Slotsom: de meeste veroordelingen zijn ongegrond</b>	<b>489</b>
8.6.1	INLEIDING	489
8.6.2	BETEKENIS EN GRONDSLAG VAN DE ONGEGRONDHEIDSTHESE	490
8.6.2.1	<i>Inleiding</i>	490
8.6.2.2	<i>De ongegronde, onjuiste en cassatiebestendige bewezenverklaring</i>	490
8.6.2.3	<i>Grondslag van de ongegrondheidsthese</i>	492

8.6.3	WAAROM NEMEN FEITENRECHTERS WÉL OPZET AAN?	495
8.6.3.1	Inleiding	495
8.6.3.2	Een andere informatiepositie	496
8.6.3.3	Een andere beoordeling van bewijsrechtelijke inferentieregels	499
8.6.3.4	Een lagere overtuigingsstandaard (voor opzet)	500
8.6.3.5	Een andere interpretatie van opzet	502
8.6.3.5.a	<i>Inleiding</i>	502
8.6.3.5.b	<i>Een lagere ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans'</i>	502
8.6.3.5.c	<i>Een normatief opzetbegrip</i>	504
8.6.3.6	Besluit	512
8.6.4	DE 'SCHULDIGE' ONSCHULDIGE: WIE EEN ZORG?	514
8.6.4.1	Inleiding	514
8.6.4.2	De ongegronde doch juiste bewezenverklaring	515
8.6.4.3	De ongegronde én onjuiste bewezenverklaring: de kwestie van de 'schuldige' onschuldige	516
8.6.4.4	Hebben 'schuldige' onschuldigen reden tot klagen?	517
8.6.5	DE STRAFWAARDIGHEID VAN GEVAARZETTING: DE WETGEVER AAN ZET?	520
8.6.5.1	Inleiding	520
8.6.5.2	Gevaar, gevolgen en preventie	521
8.6.5.3	Gevaar, gevolgen en strafwaardigheid: het heikele vraagstuk van 'moral luck'	523

## **Literatuur** **533**

### Bijlage

## **Relevante wetsbepalingen** **555**





## Hoofdstuk 1

# Inleiding

Op 15 oktober 1996 wees de Hoge Raad een arrest dat de gemoederen nog steeds bezighoudt.<sup>1</sup> De Hoge Raad casseerde in het zogenaamde Porsche-arrest een veroordeling wegens doodslag op vijf personen. De dronken bestuurder van een Porsche 928s had een aantal auto's zeer dicht genaderd om deze vervolgens in te halen door scherp naar de strook voor het tegemoetkomende verkeer te sturen en daarna weer naar rechts te zwenken. Op een gegeven moment zag de bestuurder van een Seat dat een Porsche zijn auto zeer dicht aan de achterkant was genaderd. De bestuurder verklaarde dat de Porsche een drietal inhaalmanoeuvres afbrak, waarbij hij vrij abrupt naar links stuurde en meteen weer naar rechts ging. De vierde inhaalpoging van de Porschebestuurder resulteerde uiteindelijk in een frontale botsing met een Volvo 340 DL. De Porsche was volledig op de andere rijstrook terechtgekomen toen deze in botsing kwam met de Volvo. Alle vier inzittenden van de Volvo, twee echtparen die familie van elkaar waren, kwamen onmiddellijk te overlijden. De eveneens in de Porsche gezeten vriend van de verdachte overleed kort daarna.

De cassatie door de Hoge Raad laat zich verklaren door een simpele psychologische assumptie. Als opzet op de dood van de inzittenden van de Volvo en de bijrijder wordt aangenomen, zou dan niet evenzeer tot de ongerijmde conclusie moeten worden gekomen dat de bestuurder opzet heeft gehad op het veroorzaken van zijn eigen dood? De Hoge Raad kwam daarom tot het oordeel dat de bewezenverklaring van doodslag onvoldoende gemotiveerd was. Het Hof Arnhem, waarnaar de zaak werd verwezen, sprak de verdachte vrij van doodslag en veroordeelde hem wegens dood door schuld.<sup>2</sup> Het Hof wees er daarbij op dat het wettelijke strafmaximum voor het toen van toepassing zijnde art. 36 WWV 1935 geen aan de maatschappelijke strafbehoefte beantwoordende bestraffing toeliet. Het Hof stelde vervolgens dat slechts aanpassing van het strafmaximum uitkomst kon bieden, omdat de oplossing niet gezocht kon en mocht worden in het oprekken van het opzetbegrip.

Inmiddels zijn we meer dan twintig jaar verder. Sinds 1998 kan maximaal negen jaar gevangenisstraf worden opgelegd voor dood door schuld met strafverzwarende omstandigheden.<sup>3</sup> In het geval er meerdere slachtoffers zijn te betreuren, geldt een maximum van twaalf jaar gevangenisstraf. Tegen deze achtergrond zou het niet gek zijn te veronderstellen dat er na het Porsche-arrest zelden of nooit meer veroordeeld is wegens (poging tot) doodslag in het

---

<sup>1</sup> HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199.

<sup>2</sup> Hof Arnhem 10 maart 1997, VR 1997, 161.

<sup>3</sup> Zie paragraaf 6.1.

verkeer. De door de Hoge Raad geïntroduceerde algemene ervaringsregel lijkt immers moeilijk te weerleggen en door de wijziging van de Wegenverkeerswet is het niet meer nodig de uiterste grenzen van het recht op te zoeken om een aan de maatschappelijke strafbehoefte beantwoordende bestraffing mogelijk te maken.

De onjuistheid van de zojuist voor het voetlicht gebrachte (plausibele) veronderstelling vormt de aanleiding voor dit meer dan vijfhonderd pagina's tellende boek. Gaandeweg hebben meer en meer feitenrechters veroordeeld voor (poging tot) doodslag in de verkeerscontext. De Hoge Raad heeft bijna alle aan hem voorgelegde veroordelingen in stand gelaten. De Hoge Raad heeft echter geen afstand genomen van het Porsche-arrest. Het lijkt erop dat een uitgebreidere motivering met betrekking tot de vraag waarom opzet bewezen wordt geacht, volstaat om cassatie te vermijden.

In dit boek wordt het fenomeen (poging tot) doodslag in het verkeer vanuit verschillende perspectieven geanalyseerd. Het boek bevat om te beginnen een traditionele juridische analyse van de rechtspraak ten aanzien van (poging tot) doodslag in het verkeer en een aantal voor dit thema relevante leerstukken. Het boek bevat daarnaast een psychologische component. Ik introduceer een rationele keuzetheorie, waarin cognities, volities en kansen psychisch geïntegreerd worden om de actor in de gelegenheid te stellen te kiezen voor de optie die de wenselijkheid maximaliseert. Ten slotte is een deel van het boek gewijd aan een kritische evaluatie van de feitenrechtspraak. Ik benader de rechtspraak met minder distantie dan gebruikelijk is in de rechtswetenschap en neem in wezen plaats op de stoel van de rechter.

Hoofdstuk 2 is voor een belangrijk deel gewijd aan de rechterlijke overtuiging in de zin van art. 338 Sv en de wijze waarop de Hoge Raad uitspraken van de feitenrechter toetst. De in dit hoofdstuk opgenomen theoretische beschouwingen vinden hun oorzaak in een praktische constatering. In het kader van dit onderzoeksproject heb ik de 'Database opzet in het verkeer' opgezet. Deze database, die online toegankelijk is, beoogt een overzicht te geven van alle gepubliceerde rechtspraak waarin opzetdelicten zijn ten laste gelegd in verkeerszaken.<sup>4</sup> Uit de database komt naar voren dat de feiten en omstandigheden die aanleiding vormen tot het aannemen van doodslagopzet evengoed aanleiding kunnen vormen tot het vrijspreken daarvan. Naar mijn inschatting bestaat in de feitenrechtspraak grote rechtsongelijkheid ten aanzien van zaken die betrekking hebben op zeer gevaarlijke verkeersgedragingen.

De constatering dat sprake is van grote rechtsongelijkheid ligt ten grondslag aan de in hoofdstuk 2 opgenomen bespiegelingen over de aard van de rechterlijke overtuiging en de wijze waarop de Hoge Raad uitspraken van de feitenrechter toetst. Ik besteed onder meer aandacht aan de vraag welke kwantitatieve overtuigingsgraad minimaal vereist is om tot een bewezenverklaring te komen. Daarnaast ga ik in op de vraag hoe het komt dat de Hoge Raad de feitenrechter zo veel vrijheid geeft om, gegeven een bepaald feiten-

---

<sup>4</sup> De database is online toegankelijk via <[www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research](http://www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research)>.

complex, tot een veroordeling dan wel een vrijspraak te komen. Ik introduceer het concept van de zogenaamde ‘cassatievrije zone’. Dit betreft een gebied van feiten en omstandigheden met een bepaalde bewijskracht waarin de feiten-rechter zowel tot een cassatiebestendige veroordeling als tot een cassatiebestendige vrijspraak zou kunnen komen. Ten slotte betoog ik in dit hoofdstuk dat de rechtsongelijkheid, die op zichzelf beschouwd binnen de cassatievrije zone valt, indicatief is voor de onjuistheid van bepaalde feitelijke uitspraken. De rechtsongelijkheid wijst erop dat mensen voor (poging tot) doodslag worden veroordeeld die onschuldig zijn aan dat feit.

Hoofdstuk 3 is gewijd aan een plaatsbepaling van voorwaardelijk opzet. In dit hoofdstuk wordt voorwaardelijk opzet afgezet tegen zekerheidsopzet en doel-opzet. Daarnaast worden drie theorieën over de aard van het voorwaardelijk opzet voor het voetlicht gebracht. Ik bespreek twee psychische theorieën. Volgens de cognitieve opzettheorie wordt de grens tussen opzet en schuld aan de hand van het ‘weten’ getrokken, terwijl de volitieve theorie het ervoor houdt dat het verschil tussen opzet en schuld uitsluitend scharniert om het ‘willen’. De derde benadering van opzet wordt gevormd door de normatieve opzettheorie. In deze visie heeft het opzetbegrip geen betrekking op een psychische gesteldheid, zodat het niet gaat om ‘weten’ en ‘willen’ in psychische zin.

Hoofdstuk 4 staat in het teken van een cognitieve analyse van de Porschezaak en het opzetbegrip. Volgens de heersende opvatting heeft de Hoge Raad in het Porsche-arrest de volitieve component van opzet benadrukt. Hoewel er sprake is van ‘weten’, is het ‘willen’ afwezig. Ik zal deze opvatting betwisten. Ik analyseer het Porsche-arrest en het opzetbegrip in het raamwerk van de kans-integratietheorie. De essentie van deze rationele keuzetheorie is dat cognitieve geestesgesteldheden (de overtuigingsgraad) en volitieve geestesgesteldheden (de waarderingsgraad) worden geïntegreerd, waarna de persoon de keus zal maken voor de optie met de hoogste wenselijkheidsgraad. Aan de hand van deze theorie zal ik betogen dat juist de cognitieve component centraal staat in het Porsche-arrest. Tot slot van dit hoofdstuk ga ik in op het analytische verband dat volgens de cognitieve opzettheorie bestaat tussen de cognitieve en de volitieve component. Hier is het de vraag wat tegen de volitieve karakterisering van bewuste schuld (‘weten’ + ‘niet willen’) pleit. Daarnaast sta ik stil bij de vraag hoe een cognitieve grens tussen opzet en schuld gerechtvaardigd kan worden. Ik zal betogen dat de rechtvaardiging primair gelegen is in het feit dat de actor controle meent te hebben over het al dan niet plaatsvinden van het feit (voorgestelde controle).

Hoofdstuk 5 is gewijd aan een volitieve analyse van het opzetbegrip. Het is de vraag hoe de in hoofdstuk 4 bestreden combinatie van ‘weten’ en ‘niet willen’ voor bewuste schuld gestalte kan krijgen via een andere interpretatie van de cognitieve en de volitieve component. Ik bespreek zowel drie alternatieve interpretaties van de cognitieve component als drie alternatieve interpretaties

van de volitieve component. Zo is het bijvoorbeeld de vraag of de cognitieve component kan worden vervuld door onbewuste wetenschap: moet wel actieve bewustheid op het moment van handelen worden geëist? Daarnaast wordt onder meer de opvatting besproken dat de volitieve component zou moeten afhangen van de vraag of de actor gehandeld zou hebben bij zekerheid. In het laatste gedeelte van het hoofdstuk sta ik stil bij de rechtspraak van de Hoge Raad en bij de heersende opvatting in de doctrine. Ik zal betogen dat zowel de rechtspraak van de Hoge Raad als de in de doctrine verdedigde opvattingen een manifestatie van cryptocognitivismen vormen. Dat houdt in dat de *volitieve* component van opzet beoordeeld wordt aan de hand van *cognitieve* geestesgesteldheden. Ik sluit af met de aanbeveling dat de Hoge Raad er goed aan zou doen geen twee nesten warm te houden.

De kern van het boek wordt in zeker opzicht gevormd door de praktische duiding van (poging tot) doodslag in het verkeer die is opgenomen in hoofdstuk 6. Dit hoofdstuk bevat een juridische analyse van feitenrechtspraak en van de relevante jurisprudentie van de Hoge Raad. Ik bespreek zeven categorieën waarin de feitenrechter tot een cassatiebestendige veroordeling wegens (poging tot) doodslag kan komen. De bespreking vindt telkens plaats aan de hand van voorbeeldzaken. Achtereenvolgens ga ik in op suïcidale bestuurders, confrontaties met zwakke verkeersdeelnemers, doelbewuste geweldshandelingen (waaronder inrijden op agenten), gevallen waarin belastende uitspraken aan het bewijs ten grondslag liggen, het ruim vóór het ongeval lokaliseren van opzet, doodslag door middel van nalaten en deelnemingsconstructies in verband met bestuurders en passagiers.

Een belangrijk deel van hoofdstuk 6 staat in het teken van het identificeren van feiten en omstandigheden die het relatief gemakkelijk maken om tot een cassatiebestendige veroordeling voor (poging tot) doodslag in het verkeer te komen. Daarnaast worden echter ook een aantal materieelrechtelijke thema's verder uitgediept. Ik zal stilstaan bij de vraag hoe (late) uitwijkmanoeuvres bij het inrijden op personen moeten worden geduid tegen de achtergrond van het opzet en het leerstuk van vrijwillige terugtred. Daarnaast zal ik uitgebreid ingaan op de zogenaamde anterieur-opzetconstructie, waarbij opzet op een (veel) eerder tijdstip wordt gelokaliseerd dan de *actus reus*. Mag opzet op een vroeg tijdstip – bijvoorbeeld op het moment dat een dronken persoon besluit te gaan rijden – worden gelokaliseerd of stuit dat op dogmatische bezwaren? Daarnaast sta ik stil bij de causaliteit van het nalaten. Onder welke omstandigheden kan het iemand na een aanrijding in hulpeloze toestand achterlaten leiden tot aansprakelijkheid voor doodslag? Ten slotte zal ik aandacht besteden aan deelnemingsconstructies in verband met (poging tot) doodslag in het verkeer. Hier is het onder meer de vraag of het zich niet distantiëren door bijrijders kan leiden tot aansprakelijkheid voor het medeplegen van (poging tot) doodslag.

Hoofdstuk 7 staat in het teken van een analyse van het begrip 'aanmerkelijke kans'. Ik ga in op het verschil tussen de objectieve en de subjectieve kans.

Daarnaast besteed ik aandacht aan de opvatting van de Hoge Raad dat voorwaardelijk opzet een objectief kansvereiste heeft. Vervolgens zal ik betogen dat het niet wenselijk is het opzetbegrip te belasten met een objectief kansvereiste. In dit hoofdstuk bespreek ik ook een door mij gehouden empirisch onderzoek onder strafrechtjuristen. Het gaat daarbij om de vraag welke kwantitatieve kansgrootte de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ zou moeten markeren. Ten slotte sta ik stil bij de lastige vraag hoe de objectieve kansgrootte moet worden vastgesteld. Daarbij is het in te nemen perspectief van groot belang. Van welke factoren die in de werkelijkheid hebben plaatsgevonden, dient men bij het bepalen van de kans te abstraheren? Ik zal betogen dat bij de kansbepaling aansluiting gezocht moet worden bij het perspectief van de actor. Daarnaast laat ik zien hoe statistische informatie betrokken kan worden bij het bepalen van de objectieve kansgrootte.

Hoofdstuk 8 is gewijd aan een kritische evaluatie van de feitenrechtspraak. Ik verdedig de opvatting dat de uitspraken van feitenrechters rechtstreeks getoetst moeten worden aan het in dubio pro reo-beginsel. Het is aldus de vraag of het bewijs van doodslagopzet buiten redelijke twijfel staat. Een deel van het hoofdstuk staat in het teken van de kans in objectieve zin. Ik zal twee gedragingen die met enige regelmaat ten grondslag liggen aan het aannemen van doodslagopzet aan een analyse onderwerpen. Het is de vraag in hoeverre het inrijden op een politieagent en het hevig geïntoxiceerd deelnemen aan het verkeer gepaard gaan met een aanmerkelijke kans op de dood van een ander. Een ander deel van het hoofdstuk staat in het teken van de vraag of een breder toepassingsbereik moet worden toegekend aan de Porschedoctrine. Nopen andere ongewenste gevolgen die aan een ongeval verbonden zijn niet evenzeer tot de conclusie dat de bestuurder zich vermoedelijk niet bewust is geweest van de aanmerkelijke kans op het plaatsvinden van een dodelijk verkeersongeval? Deze vraag wordt beantwoord tegen de achtergrond van de in hoofdstuk 4 geïntroduceerde rationele keuzetheorie.

Ik kom uiteindelijk tot de conclusie dat de meeste bewezenverklaringen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer in strijd zijn met het in dubio pro reo-beginsel. Ik tracht te doorgronden waarom rechters – anders dan ik – menen dat het bewijs van opzet wél buiten redelijke twijfel staat. Nemen feitenrechters wellicht genoeg met een te lage overtuigingsgraad of gaan ze stiekem uit van een normatief (niet-psychisch) opzetbegrip? Daarnaast sta ik in dit hoofdstuk stil bij de vraag hoe veroordelingen van zogenaamde ‘schuldige’ onschuldigen gewaardeerd moeten worden. Hoewel de voor (poging tot) doodslag veroordeelde personen onschuldig zijn aan dát delict, zijn ze wel degelijk schuldig aan een minder ernstig delict, zoals dood door schuld of het veroorzaken van gevaar op de weg. Is de onschuld van de vanwege het ontbreken van opzet ten onrechte voor doodslag veroordeelde wegpiraat te vergelijken met de onschuld van iemand die part noch deel had aan de doodslag waarvoor hij ten onrechte is veroordeeld? Of gaat het hier om gerechtelijke dwalingen van een andere orde?

Het slot van hoofdstuk 8 is gewijd aan de strafwaardigheid van zonder gevolg gebleven gevaarlijke gedragingen die naar mijn mening ten onrechte als poging tot doodslag worden bestempeld. Ik bespreek de wenselijkheid van de invoering van een ernstiger gevaarzettingsdelict. Daarbij is het in de eerste plaats de vraag in hoeverre de nadruk die in het huidige strafrecht op gevolgen ligt, gerechtvaardigd kan worden vanuit een preventieperspectief. In de tweede plaats is het de vraag of iemand die door een verwijtbare gedraging de dood van een ander veroorzaakt wel meer straf verdient dan iemand wiens verwijtbare gedraging niet tot de dood van een ander leidt. Ik werp de vraag op of gevolgen niet een te dominante plaats hebben verworven in het verkeersstrafrecht.

## Hoofdstuk 2

# Ongelijkheid, onjuistheid en cassatie- bestendigheid van feitelijke uitspraken

### 2.1 Inleiding

Een belangrijk deel van dit boek is gewijd aan de beantwoording van twee met elkaar samenhangende vragen. De eerste vraag is hoe het begrip voorwaardelijk opzet dient te worden geïnterpreteerd. De tweede vraag is welke bewijsrechtelijke inferentieregels moeten worden gehanteerd om te beoordelen of al dan niet sprake is van opzet. Beide vragen worden geanalyseerd in de context van extreem gevaarlijke verkeersgedragingen. De thema's die in dit hoofdstuk aan de orde worden gesteld, maken inzichtelijk waarom het van belang is deze vragen te beantwoorden in relatie tot gevaarlijke verkeersgedragingen. Het antwoord daarop laat zich afleiden uit de volgende vier punten, die in de rest van dit hoofdstuk nader worden uitgewerkt:

1. Er bestaat in de feitenrechtspraak grote rechtsongelijkheid ten aanzien van zaken die betrekking hebben op zeer gevaarlijke verkeersgedragingen. Een en dezelfde zaak kan evengoed in een veroordeling als in een vrijspraak ten aanzien van (poging tot) doodslag resulteren.
2. De feiten en omstandigheden van een groot deel van dergelijke zaken kunnen door de feitenrechter zo gepresenteerd worden dat zowel een vrijspraak als een bewezenverklaring van opzet buiten het toetsingsbereik van de Hoge Raad valt (de cassatievrije zone).
3. De verschillen tussen feitelijke uitspraken wijzen op de aanwezigheid van onjuiste uitspraken. Dat betekent hetzij dat ten onrechte opzet wordt aangenomen, hetzij dat ten onrechte wordt vrijgesproken van opzet.
4. De volgende twee factoren kunnen de verschillen tussen feitenrechters voor een belangrijk deel verklaren: (a) feitenrechters interpreteren het begrip voorwaardelijk opzet verschillend en (b) feitenrechters beoordelen de validiteit van bewijsrechtelijke inferentieregels verschillend.

Als mijn hypothese dat verschillend gedacht wordt over het begrip opzet en het bewijs van opzet juist is, dan is het van belang aandacht te besteden aan deze thema's. Het vergroten van inzicht in deze beide thema's zou kunnen leiden tot minder verschillen tussen feitenrechters en minder onjuiste uitspraken van feitenrechters.



Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2.2 beschrijf ik mijn indruk dat feitenrechters verschillend omgaan met zaken die betrekking hebben op zeer gevaarlijke verkeersgedragingen. Paragraaf 2.3 gaat over de vraag op welke bronnen de rechterlijke overtuiging in de zin van art. 338 Sv mag en moet worden gebaseerd. Paragraaf 2.4 is gewijd aan de aard van de rechterlijke overtuiging. In paragraaf 2.5 staat de vraag centraal hoe de Hoge Raad uitspraken van de feitenrechter toetst. In paragraaf 2.6 tracht ik inzichtelijk te maken in welke gevallen de Hoge Raad de feitenrechter de vrijheid laat om tot een vrijspraak dan wel een veroordeling te komen (de cassatievrije zone). In paragraaf 2.7 probeer ik een verklaring te bieden voor deesignaleerde rechtsongelijkheid. In paragraaf 2.8 verdedig ik de these dat *ongelijke* rechterlijke beslissingen indicatief zijn voor de aanwezigheid van *onjuiste* rechterlijke beslissingen. Ten slotte ga ik in paragraaf 2.9 in op de vraag hoe de Hoge Raad kan zorgen voor minder ongelijke uitspraken en minder onjuiste uitspraken.

## 2.2 Rechtsongelijkheid in de feitenrechtspraak

Op 15 oktober 1996 deed de Hoge Raad uitspraak in de zaak die bekend zou komen te staan als het Porsche-arrest.<sup>5</sup> In de periode vlak na het Porsche-arrest heerste de opvatting dat het arrest het bijna onmogelijk zou maken om in verkeerszaken tot een veroordeling voor (poging tot) doodslag te komen.<sup>6</sup> Ongeveer twintig jaar na dato kan de conclusie worden getrokken dat dit beeld niet is bevestigd door de latere rechtspraak. Gaandeweg is meer en meer veroordeeld voor (poging tot) doodslag in de verkeerscontext. De Hoge Raad heeft bijna alle aan hem voorgelegde veroordelingen in stand gelaten. De Hoge Raad heeft echter geen afstand genomen van het Porsche-arrest. Het lijkt erop dat een uitgebreidere motivering met betrekking tot de vraag waarom opzet bewezen wordt geacht, volstaat om cassatie te vermijden.

De veroordelende uitspraken van feitenrechters en de jurisprudentie van de Hoge Raad worden uitgebreid besproken in hoofdstuk 6. Ik bespreek daar zeven categorieën waarin veroordeeld kan worden voor (poging tot) doodslag in het verkeer. Deze categorieën hebben in beginsel betrekking op feiten en omstandigheden die een cassatiebestendige veroordeling voor (poging tot) doodslag kunnen opleveren. Een 'cassatiebestendige veroordeling' houdt in dat de feitenrechter de feiten en omstandigheden op zodanige wijze presenteert dat de Hoge Raad niet tot cassatie kan overgaan.

De cassatiebestendige veroordelingen die in hoofdstuk 6 aan bod komen, vormen echter geen representatieve afspiegeling van de feitenrechtspraak over dit thema. Ik heb de stellige indruk dat er aanzienlijke ongelijkheid bestaat in de wijze waarop vergelijkbare zaken worden afgedaan door verschil-

---

<sup>5</sup> HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199.

<sup>6</sup> Zie paragraaf 6.1.

lende feitenrechters.<sup>7</sup> Een en dezelfde zaak kan – afhankelijk van welke feitenrechter de zaak behandelt – net zo goed leiden tot een veroordeling als tot een vrijspraak. Over het algemeen genomen is de ene uitspraak net zo cassatiebestendig als de andere uitspraak.

In het kader van dit onderzoeksproject heb ik de ‘Database opzet in het verkeer’ opgezet.<sup>8</sup> Deze database beoogt een overzicht te geven van alle gepubliceerde rechtspraak waarin opzetdelicten als doodslag, zware mishandeling, mishandeling of bedreiging zijn ten laste gelegd in verkeerszaken. Zowel zaken waarin veroordeeld is als zaken waarin tot een vrijspraak is gekomen, zijn in de database opgenomen. De in de database opgenomen zaken zijn gecategoriseerd op basis van relevante kenmerken. Ik heb alle in de database opgenomen zaken daarom intensief bestudeerd. Mijn indruk dat aanzienlijke verschillen bestaan in de wijze waarop vergelijkbare zaken worden afgedaan door diverse feitenrechters, is gebaseerd op de zaken die ik in dat verband heb bestudeerd. De ongelijkheid blijkt voor een deel uit het feit dat de rechtbank en het Hof in een en dezelfde zaak regelmatig tot een verschillende uitkomst komen. In de database komen echter ook een behoorlijk aantal op elkaar gelijkende zaken voor die tot verschillende uitkomsten hebben geleid. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan gevallen waarin wordt ingereken op een agent.<sup>9</sup> In dit soort zaken laat het zich maar moeilijk voorspellen welke uitkomst uit de bus zal komen.

Het verdient opmerking dat ook binnen de gelederen van het Openbaar Ministerie verschillend wordt gedacht over de vraag hoe extreem gevaarlijke verkeersgedragingen beoordeeld dienen te worden. De feitenrechter komt alleen toe aan de vraag of de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan (poging tot) doodslag in het verkeer als het Openbaar Ministerie dat ten laste heeft gelegd. Het aan het Openbaar Ministerie toekomend dagvaardingsmonopolie kan er aldus voor zorgen dat een bepaald feitencomplex niet leidt tot een veroordeling voor (poging tot) doodslag, hoewel dat wel had gekund op basis van dat feitencomplex. Verkeerszaken die ‘slechts’ zijn geëindigd in een bewezenverklaring ter zake van roekeloosheid, het veroorzaken van gevaar op de weg, (poging tot) zware mishandeling of bedreiging hadden in bepaalde gevallen in een veroordeling wegens (poging tot) doodslag kunnen eindigen indien dat ten laste was gelegd.<sup>10</sup> Een vroeg voorbeeld daarvan is te vinden in

---

<sup>7</sup> In paragraaf 2.8 besteed ik aandacht aan de vraag wat moet worden verstaan onder ‘vergelijkbare zaken’.

<sup>8</sup> De database is online toegankelijk via <[www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research](http://www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research)>.

<sup>9</sup> Zie paragraaf 6.4.4 en 8.3 over dit soort zaken.

<sup>10</sup> Feitenrechters die de overtuiging hebben dat sprake is van doodslagopzet in gevallen waarin dat niet is ten laste gelegd, hoeven mijns inziens niet om die reden vrij te spreken van opzet op een minder zwaar feit of van dood door schuld. Met betrekking tot opzet op een minder zwaar feit geldt in beginsel dat opzet op de dood opzet op zwaar lichamelijk letsel omvat. Zelfs als in het geheel niet gedacht zou zijn aan het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel, bestaat mijns inziens doorgaans voldoende correspondentie tussen het opzet-object ‘dood’ en ‘zwaar lichamelijk letsel’ als omschreven in de tenlastelegging. Met betrekking tot dood door schuld meen ik dat opzet en schuld elkaar niet uitsluiten. Uit HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1660 volgt dat

de feiten die ten grondslag liggen aan HR 26 november 1957, NJ 1958, 356. Hoewel de Hoge Raad in HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475 (Inrijden op agent) een veroordeling wegens poging tot doodslag bij het inrijden op een agent in stand had gelaten, was in het latere geval alleen poging tot zware mishandeling ten laste gelegd. Het kan bepaald niet worden uitgesloten dat ook hier een veroordeling wegens poging tot doodslag had kunnen plaatsvinden.<sup>11</sup>

De indruk dat binnen de feitenrechtspraak en het Openbaar Ministerie verschillend wordt omgegaan met zaken die betrekking hebben op zeer gevaarlijke verkeersgedragingen vindt bevestiging in de ervaringen die ik heb opgedaan tijdens het geven van cursussen over dit thema. Ik ben sinds 2001 betrokken bij tweedaagse cursussen voor de staande en zittende magistratuur, waarin ruime aandacht wordt besteed aan opzet in het verkeer.<sup>12</sup> Onderdeel van de cursus is dat de deelnemers zich een oordeel moeten vormen over een gesloten zaak waarin (poging tot) doodslag in het verkeer ten laste is gelegd. In de loop der jaren zijn diverse zaken aan de cursisten voorgelegd. Steevast kwam naar voren dat zeer verschillend wordt gedacht over de vraag wanneer opzet op de dood moet worden aangenomen.

Een fascinerend aspect van de geconstateerde verschillen binnen de feitenrechtspraak is dat de verschillen tot op grote hoogte buiten het toetsingsbereik van de Hoge Raad lijken te vallen. Veroordelingen bij een bepaald feitencomplex zijn in de regel net zo cassatiebestendig als vrijspraken ten aanzien van hetzelfde feitencomplex. Deze stelling zal ik in de volgende vier paragrafen nader onderbouwen door dieper in te gaan op de taak van de feitenrechter en de wijze waarop de Hoge Raad het oordeel van de feitenrechter toetst. Na dat intermezzo keer ik terug naar de hier geconstateerde rechtsongelijkheid. Ik probeer een verklaring voor de ongelijkheid te vinden en sta stil bij de betekenis van de ongelijke behandeling van vergelijkbare zaken.

---

schuld in de context van schuldwitwassen ook bewezen mag worden geacht als de overtuiging bestaat dat sprake is van niet in de tenlastelegging opgenomen opzettelijk handelen. Ik houd het ervoor dat hetzelfde geldt voor de verhouding tussen opzet en schuld met betrekking tot gevolgen. Keijzer betoogt in zijn noot onder HR 16 juni 2015, NJ 2015, 362 dat opzet en schuld bij gevolgen elkaar wel uitsluiten. Ik merk op dat deze opvatting kan meebrengen dat feitenrechters reeds tot een vrijspraak zouden moeten komen als ze niet kunnen uitsluiten dat sprake is geweest van niet in de tenlastelegging opgenomen opzet. Het komt mij voor dat feitenrechters die gemakkelijk opzet plegen aan te nemen met enige regelmaat tot die conclusie zouden moeten komen. In de context van extreem gevaarlijke verkeersgedragingen zijn mij geen uitspraken bekend waarin deze vergaande conclusie wordt getrokken. Dat kan erop wijzen dat feitenrechters niet uitgaan van de opvatting dat opzet en schuld elkaar uitsluiten. Het kan er ook op wijzen dat feitenrechters het in dubio pro reo-beginsel niet in verband brengen met deze vraag (zie conclusie Advocaat-Generaal Bleichrodt over de Duitse rechtspraktijk onder punt 33).

<sup>11</sup> Vgl. de noot van Röling onder HR 26 november 1957, NJ 1958, 356.

<sup>12</sup> Het gaat om de door het Studiecentrum rechtspleging (SSR) aangeboden cursus 'Gevaar, opzet, roekeloosheid en schuld in het verkeer'.

### 2.3 Bronnen van de rechterlijke overtuiging

Uit art. 350 Sv volgt dat de feitenrechter de materiële vragen beantwoordt op de grondslag van de tenlastelegging. Dat brengt mee dat de feitenrechter alleen kan toekomen aan de vraag of de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan (poging tot) doodslag in het verkeer als het Openbaar Ministerie dat ten laste heeft gelegd.<sup>13</sup> Als de rechter toekomt aan de materiële vragen, dan ziet hij zich gesteld voor de vraag of zich een bepaalde feitelijke constellatie heeft voorgedaan die gebracht kan worden onder de juridische definitie van het ten laste gelegde opzet.

De feitenrechter heeft de taak binnen de grenzen van de strafprocessuele regels de strafrechtelijk relevante waarheid boven tafel te krijgen. De bewijsregels in het Wetboek van Strafvordering zijn mede ingericht om dat doel te bewerkstelligen. Nijboer stelt dat het Nederlandse bewijsstelsel deels negatief-wettelijk en deels negatief-jurisprudentieel van aard is.<sup>14</sup> Als niet voldaan is aan bepaalde wettelijke of jurisprudentiële eisen, dan moet de feitenrechter tot een vrijspraak komen, ook al is hij ervan overtuigd dat de verdachte het feit heeft begaan. Wet en jurisprudentie oefenen echter alleen een negatieve invloed uit. De feitenrechter wordt nooit gedwongen om tegen zijn overtuiging in tot een bewezenverklaring te komen. Dat betekent dat de rechterlijke overtuiging een noodzakelijke voorwaarde voor een veroordeling vormt.

Het is echter niet ondenkbaar dat een feitenrechter die vrijspreekt wegens gebrek aan overtuiging er niet in slaagt die vrijspraak cassatiebestendig te motiveren. Betekent dat, indien gecasseerd wordt, dat de feitenrechter waarnaar de zaak teruggewezen of verwezen wordt tot een bewezenverklaring moet komen als hij evenmin overtuigd is en evenmin in staat is een betere motivering te geven voor zijn gebrek aan overtuiging?<sup>15</sup> Dat lijkt mij niet het geval. Art. 338 Sv dicteert dat het bewijs dat de verdachte het feit heeft begaan *slechts* mag worden aangenomen als de rechter de overtuiging heeft bekomen.<sup>16</sup> Ook in dit bijzondere geval vormt de rechterlijke overtuiging een noodzakelijke voorwaarde voor een veroordeling.

---

<sup>13</sup> Als wordt uitgegaan van de opvatting dat opzet en schuld elkaar uitsluiten, dan zou de vraag of al dan niet sprake is van opzet impliciet aan bod moeten komen bij de vraag of schuld kan worden bewezen. Als niet uitgesloten kan worden dat sprake is van opzet, dan zou vrijspraak moeten volgen. In de praktijk zal de feitenrechter zich zelden of nooit bekreunen om deze vraag. Zie voetnoot 10 over deze kwestie.

<sup>14</sup> Nijboer 2011, 'Strafrechtelijk bewijsrecht', p. 39-52.

<sup>15</sup> Uit HR 18 januari 1994, NJ 1994, 305 volgt dat de zaak na terugwijzing niet moet worden behandeld door een of meer van de rechters die de vernietigde uitspraak hebben gewezen.

<sup>16</sup> Zie bijv. HR 3 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9309 voor een cassatie vanwege de motivering van een vrijspraak, waarbij de cassatie lijkt te berusten op overwegingen van feitelijke aard. Hof Amsterdam 20 juli 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AQ5186, waarnaar de zaak werd verwezen, is uiteindelijk tot een veroordeling gekomen (met een culpoos aandoende opzetmotivering). Zie paragraaf 2.5 over de wijze waarop de Hoge Raad vrijspraken toetst.

De overtuiging van de feitenrechter speelt geen rol indien de Hoge Raad de zaak zelf afdoet.<sup>17</sup> Dat kan geïllustreerd worden aan de hand van HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2467. Het Hof had zich op verzoek van het Openbaar Ministerie uitgelaten over de vraag of opzet in art. 273f lid 1 sub 6 Sr gericht is op de uitbuiting van de ander. Het Hof kwam tot de conclusie dat schuld ten aanzien van de uitbuiting volstond en veroordeelde de verdachte. De Hoge Raad oordeelde dat het Hof was uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting: er is wel degelijk opzet vereist ten aanzien van de uitbuiting. De Hoge Raad stelde vervolgens echter dat dit niet tot cassatie hoefde te leiden, omdat uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid dat het opzet van de verdachte mede was gericht op de uitbuiting van anderen. Door de zaak zelf af te doen, maakt de Hoge Raad zijn eigen overtuiging maatgevend. Dat is opmerkenswaardig, want het is denkbaar dat de feitenrechter in kwestie dan wel een andere feitenrechter tot een ander, cassatiebestendig oordeel zou zijn gekomen.<sup>18</sup> Het Hof had in een bewijsoverweging opgenomen dat de verdachte “op z’n minst redelijkerwijs had moeten vermoeden” dat sprake was van uitbuiting en dat de verdachte “zich er van [had] moeten vergewissen” dat geen sprake was van uitbuiting. Deze woordkeus wijst er niet op dat het Hof zonder meer opzet op de uitbuiting zou hebben aangenomen als het over die vraag geoordeeld had. Het is evenmin ondenkbaar dat de zaak bij terugwijzing of verwijzing tot een vrijspraak zou hebben geleid. De Hoge Raads constatering dat opzet uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid, sluit immers niet uit dat men op basis van dezelfde feiten en omstandigheden niet de overtuiging verkrijgt dat sprake is van opzet. Dat is al helemaal zo als men het gebrek aan overtuiging mede zou relateren aan voor het opzet ontlastend bewijsmateriaal.<sup>19</sup> Het enkele feit dat uit het arrest van het Hof niet blijkt van zulk ontlastend bewijsmateriaal, betekent niet dat dit niet bestaat. De aanwezigheid daarvan zou immers niet blijken uit de door het Hof opgenomen redengevende bewijsmiddelen. De conclusie kan zijn dat de afdoening ten principale een uitzondering vormt op de regel dat de overtuiging van de feitenrechter een noodzakelijke voorwaarde voor een veroordeling vormt. In casu berust de bewezenverklaring in wezen op de op belastend bewijsmateriaal gestoelde overtuiging van de strafkamer van de Hoge Raad.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Art. 440 lid 2 Sv bepaalt dat de Hoge Raad de zaak na vernietiging zelf afdoet indien dit mogelijk is zonder in een nieuw onderzoek naar de feiten te treden.

<sup>18</sup> Als het Hof de rechtsvraag anders had beantwoord en vervolgens tot de conclusie was gekomen dat geen sprake was van opzet, dan zou dat oordeel waarschijnlijk cassatiebestendig geweest zijn. Hetzelfde geldt indien de Hoge Raad de zaak had teruggewezen of verwezen, waarna een vrijspraak was gevolgd. Zie paragraaf 2.5 over de wijze waarop de Hoge Raad vrijspraken toetst.

<sup>19</sup> Verderop in deze paragraaf betoog ik dat de overtuiging van de feitenrechter mede gestoeld dient te worden op ontlastend bewijsmateriaal.

<sup>20</sup> Ik merk op dat de Hoge Raad alleen overweegt dat opzet uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid. De Hoge Raad vermeldt niet expliciet – zoals de feitenrechter pleegt te doen – dat sprake is van overtuigend bewijs.

Ik keer terug naar de gebruikelijke situatie, waarbij de bewijsvraag scharniert om de overtuiging van de feitenrechter. Het is nu de vraag welke eisen moeten worden gesteld aan de rechterlijke overtuiging. Uit art. 338 Sv volgt dat het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan door de rechter slechts kan worden aangenomen indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen. In deze bepaling worden aldus eisen gesteld aan de totstandkoming van de overtuiging. De overtuiging moet op basis van het onderzoek op de terechtzitting verkregen worden (en dus niet voor die tijd) en de overtuiging moet veroorzaakt worden door wettige bewijsmiddelen (en dus niet door andere gronden). Het is de vraag hoe heet de soep hier moet worden gegeten.

Ik besteed eerst aandacht aan de eis dat de overtuiging op basis van het onderzoek op de terechtzitting verkregen moet worden. In de praktijk neemt de feitenrechter vóór de terechtzitting kennis van een door het Openbaar Ministerie aangeleverd en samengesteld procesdossier. Het is niet denkbeeldig dat bij de feitenrechter reeds in die fase de overtuiging postvat dat het feit bewezen kan worden. Betekent dat nu dat de overtuiging niet meer kan ontstaan op basis van het onderzoek op de terechtzitting, zoals art. 338 Sv lijkt te eisen? Redelijke interpretatie dwingt tot een ontkennend antwoord. Het is pleitbaar de eis zo te begrijpen dat de bewijsmiddelen waarop de overtuiging gestoeld is in elk geval op de zitting naar voren moeten zijn gebracht, zodat de verdachte zich daartegen heeft kunnen verweren.<sup>21</sup> Het enkele feit dat de overtuiging reeds in een eerder stadium is verkregen, is in deze benadering niet in strijd met art. 338 Sv.<sup>22</sup> Het gaat erom dat de gronden waarop de overtuiging is gebaseerd tijdens de zitting ter discussie kunnen worden gesteld.

De tweede in art. 338 Sv neergelegde eis houdt in dat de overtuiging veroorzaakt moet worden door wettige bewijsmiddelen. In dat verband dient eerst gewezen te worden op de in art. 339 lid 2 Sv neergelegde uitzondering op deze regel: feiten of omstandigheden van algemene bekendheid behoeven geen bewijs. De Hoge Raad verstaat daaronder gegevens die ieder van de rechtstreeks bij het geding betrokkenen geacht moet worden te kennen of die hij zonder noemenswaardige moeite uit algemeen toegankelijke bronnen kan achterhalen.<sup>23</sup> Volgens de Hoge Raad geldt hetzelfde voor algemene ervaringsregels. Uit art. 339 lid 2 Sv volgt dat de overtuiging in elk geval wel mede gebaseerd mag worden op feiten of omstandigheden van algemene bekendheid (en algemene ervaringsregels) die niet zijn vervat in wettige bewijsmiddelen. Het is mij hier te doen om gronden die niet gedekt worden door deze uitzondering. Hoe moet de eis dat de overtuiging veroorzaakt moet worden door wettige bewijsmiddelen worden verstaan?

---

<sup>21</sup> Vgl. Keulen & Knigge 2010, 'Strafprocesrecht', p. 475.

<sup>22</sup> Men zou kunnen stellen dat de eerdere overtuiging in het latere stadium gerationaliseerd dient te worden, in die zin dat de overtuiging in verband wordt gebracht met wettige bewijsmiddelen die op de terechtzitting aan bod zijn gekomen. Zie paragraaf 2.4 over de 'rationele overtuigingsgraad'.

<sup>23</sup> HR 11 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0291.

Art. 339 lid 1 Sv bevat een opsomming van wettige bewijsmiddelen. In de daaropvolgende artikelen wordt een nadere omschrijving gegeven. Vooropgesteld moet worden dat de ruime uitleg van de in de wet genoemde bewijsmiddelen meebrengt dat slechts weinig beperkingen aan de vorm van bewijsmiddelen worden gesteld. De rechter kan het bewijsmateriaal doorgaans zo kwalificeren dat het onder een van de in art. 339 Sv genoemde bewijsmiddelen geschaard kan worden.<sup>24</sup> Dat neemt niet weg dat er wel enige beperkingen aan de rechter worden opgelegd. Zo is het voor het bewijs gebruiken van een verklaring van de raadsman bijvoorbeeld in strijd met art. 338 Sv, nu dergelijke verklaringen niet in art. 339 Sv als bewijsmiddel zijn aangemerkt.<sup>25</sup> Daarnaast geldt dat meningen of gissingen van een getuige geen wettelijk bewijsmiddel opleveren als ze niet opgevat kunnen worden als zelf ondervonden feiten en omstandigheden (art. 342 lid 1 Sv).

Het is de vraag hoe de term ‘wettige bewijsmiddelen’ in art. 338 Sv moet worden geïnterpreteerd. Een formele interpretatie van de term houdt in dat de wettigheid van bewijsmiddelen alleen wordt bepaald aan de hand van de eisen die in de op art. 339 Sv volgende bepalingen worden gesteld. Deze formele interpretatie van ‘wettige bewijsmiddelen’ kan nopen tot de conclusie dat de feitenrechter zijn overtuiging mag baseren op ieder gegeven dat zo opgevat kan worden dat het aan de vormvoorschriften van de in de wet genoemde bewijsmiddelen voldoet. Deze benadering zou meebrengen dat bewijsmateriaal dat op andere gronden niet aan het bewijs mag bijdragen wél een bijdrage mag leveren aan het vormen van de overtuiging. Daarbij kan gedacht worden aan van het bewijs uitgesloten onrechtmatig verkregen bewijs, een onder hypnose afgelegde belastende verklaring, een belastende verklaring waarbij het ondervragingsrecht niet is gerealiseerd, een reclasseringsrapport, bewijsmateriaal dat niet redengevend is of bewijsmateriaal dat onbetrouwbaar is. In deze benadering heeft het feit dat het bewijsmateriaal niet aan het bewijs mag bijdragen slechts een beperkte betekenis: het mag niet gebruikt worden bij de motivering van een bewezenverklaring, maar het mag wel degelijk een bijdrage leveren aan de vorming van de overtuiging.

Deze beperkte interpretatie van ‘wettige bewijsmiddelen’ staat op gespannen voet met de ratio van art. 338 Sv. Het artikel is duidelijk bedoeld om de oordeelsvorming van de rechter aan banden te leggen. Deze ratio zou geweld aangedaan worden als gebreken van het bewijsmateriaal die niet samenhangen met de formele wettigheid van het bewijsmiddel gewoon een rol kunnen spelen bij het funderen van de overtuiging. Bij de interpretatie van art. 338 Sv dient daarom ook acht te worden geslagen op de vraag of het bewijsmateriaal gebruikt zou mogen worden voor het bewijs. Deze ruime interpretatie van art. 338 Sv kan gemakkelijk aanleiding geven tot terminologische verwarring, omdat bewijsmateriaal een ‘wettig bewijsmiddel’ in de zin van art. 339 Sv kan opleveren, hoewel het niet beschouwd kan worden als ‘wettig bewijsmiddel’ in de zin van art. 338 Sv. Bewijsmateriaal dat de overtuiging in

<sup>24</sup> Vgl. Dreissen 2007, ‘Bewijsmotivering in strafzaken’, p. 75-90.

<sup>25</sup> Zie HR 15 september 1980, NJ 1981, 13.

de zin van art. 338 Sv mag beïnvloeden, zal ik daarom doorgaans aanduiden met de term ‘geoorloofd bewijsmateriaal’.

Art. 338 Sv houdt volgens deze interpretatie in dat de overtuiging veroorzaakt moet worden door geoorloofd bewijsmateriaal. Het is niet denkbeeldig dat ongeoorloofd bewijsmateriaal, zoals een verklaring van een raadsman, een reclasseringsrapport of een later onbetrouwbaar gebleken getuigenverklaring, invloed uitoefent op de overtuiging van de rechter.<sup>26</sup> Betekent dat nu dat de vorming van de overtuiging niet voldoet aan de eisen van art. 338 Sv? Het enkele feit dat de overtuiging mede gevormd is door ongeoorloofd bewijsmateriaal brengt niet mee dat niet meer gesproken kan worden van ‘door wettige bewijsmiddelen de overtuiging bekomen’. Het lijkt niet redelijk het woord ‘door’ in art. 338 Sv op te vatten als ‘alleen door’. In art. 338 Sv zou echter wel de eis kunnen worden gelezen dat het ongeoorloofde bewijsmateriaal ‘wegdenkbaar’ moet zijn. Dat is het geval als de overtuiging (waarschijnlijk) ook ontstaan zou zijn bij de afwezigheid van het ongeoorloofde bewijsmateriaal. Bij dit hypothetische criterium wordt geabstraheerd van de psychologische ontstaansgeschiedenis van de overtuiging. Als men tot de slotsom komt dat de overtuiging niet zou zijn ontstaan zonder het ongeoorloofde bewijsmateriaal, dan is niet voldaan aan art. 338 Sv.

Art. 338 Sv behoeft in nog een ander opzicht interpretatie. Art. 338 Sv normeert alleen het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan. De causale relatie die het artikel legt tussen de overtuiging van schuld en de bewijsmiddelen wekt de suggestie dat het dient te gaan om *belastend* bewijsmateriaal. Die indruk wordt versterkt als acht wordt geslagen op de in art. 359 lid 3 Sv neergelegde motiveringsverplichting: de bewezenverklaring moet steunen op de inhoud van in de uitspraak opgenomen bewijsmiddelen, houdende daartoe redengevende feiten en omstandigheden. Uit de eis dat de bewijsmiddelen redengevend dienen te zijn, volgt dat ontlastend bewijsmateriaal niet in verband wordt gebracht met de bewezenverklaring. Als art. 338 Sv in deze beperkte zin wordt opgevat, dan hoeft (of dient) de rechterlijke overtuiging alleen te worden gebaseerd op belastend bewijsmateriaal.

Het ligt bepaald niet voor de hand art. 338 Sv zo beperkt uit te leggen. De positieve bewijsstandaard die in art. 338 Sv is neergelegd (bewijzen bij overtuiging) wordt algemeen in verband gebracht met het negatief geformuleerde in dubio pro reo-beginsel (vrijspreken bij twijfel).<sup>27</sup> Beide standaarden kunnen als verschillende zijden van dezelfde medaille worden gezien. Bij ‘twijfel’

---

<sup>26</sup> Vgl. Cleiren 2010, ‘De rechterlijke overtuiging: een sprong met hindernissen’, p. 262-263 en 267.

<sup>27</sup> Vgl. Fokkens 1984, ‘Bewijzen in het strafprocesrecht’, p. 22-24; Dreissen 2007, ‘Bewijsmotivering in strafzaken’, p. 2; Reijntjes 2009, ‘Minkenhof’s Nederlandse strafvordering’, p. 74; Keulen & Knigge 2010, ‘Strafprocesrecht’, p. 472 en 475; Cleiren 2010, ‘De rechterlijke overtuiging: een sprong met hindernissen’, p. 260; Nijboer 2011, ‘Strafrechtelijk bewijsrecht’, p. 24-25, 75 en 164; Corstens & Borgers 2014, ‘Het Nederlands strafprocesrecht’, p. 758; Dubelaar 2014, ‘Betrouwbaar getuigenbewijs’, p. 33-34 en 91-93; en Dubelaar 2015, ‘Inleidende opmerkingen’ bij ‘Derde afdeling Bewijs’ (T&C strafvordering).



kan geen sprake meer zijn van 'overtuiging' en bij 'overtuiging' kan geen sprake zijn van 'twijfel'. Het is niet pleitbaar de gronden die de rechter tot twijfel zouden kunnen nopen te beperken tot belastend bewijsmateriaal. Als dat wel het geval was, dan zou de rechter zich gemakkelijk gedwongen kunnen voelen tegen zijn werkelijke overtuiging in tot een bewezenverklaring te komen. Het zal zich immers regelmatig voordoen dat de twijfel die in de weg staat aan de overtuiging mede gebaseerd is op ontlastend bewijsmateriaal.

De overtuiging in de zin van art. 338 Sv dient aldus gebaseerd te worden op zowel belastend als ontlastend bewijsmateriaal. Het is nu de vraag of de eerder besproken eisen ten aanzien van de geoorloofdheid van het bewijsmateriaal ook gelden ten aanzien van ontlastend bewijsmateriaal. Uit HR 12 juni 1984, NJ 1985, 135 zou afgeleid kunnen worden dat minder hoge eisen worden gesteld aan ontlastend bewijsmateriaal. De Hoge Raad bepaalde dat geen rechtsregel de aanvaarding van hetgeen tot ontlasting van de verdachte dient, afhankelijk stelt van bewijsmiddelen zoals voor het bewijs van het ten laste gelegde zijn vereist. Deze asymmetrische benadering van belastend en ontlastend bewijsmateriaal is in lijn met het in dubio pro reo-beginsel. Bewijsmateriaal dat niet mag worden gebruikt voor het bewijs van het ten laste gelegde feit, zoals een onder hypnose afgelegde verklaring, mag wel worden gebruikt ter ontlasting van de verdachte.<sup>28</sup> Het spreekt voor zich dat er wel grenzen zijn aan het gebruik van ontlastend bewijsmateriaal. Bewijsmateriaal dat volstrekt niet betrouwbaar is of volstrekt niet redengevend is voor de afwezigheid van schuld, zal niet aan het gebrek aan overtuiging ten grondslag mogen worden gelegd.

In het bovenstaande is naar voren gekomen dat de rechter zijn overtuiging dient te baseren op geoorloofd bewijsmateriaal, zowel in belastende als in ontlastende zin. Deze conclusie laat echter nog een belangrijke vraag onbeantwoord. De vraag is op welke wijze de feitenrechter de bewijskracht van geoorloofd bewijsmateriaal dient te bepalen. De bewijskracht van een bewijsmiddel is afhankelijk van allerlei externe factoren. De vraag is of deze externe factoren op hun beurt ook weer aan een wettig bewijsmiddel moeten zijn ontleend. In HR 1 februari 1977, NJ 1977, 230 liet de Hoge Raad blijken dat gegevens die betrekking hebben op de betrouwbaarheid van een bewijsmiddel niet zelf aan een wettig bewijsmiddel hoeven te zijn ontleend.<sup>29</sup> De Hoge Raad gaf aan dat de overwegingen waarin het Hof uiteenzet waarom het blijft vasthouden aan eerder door een getuige afgelegde verklaringen, hoewel de getuige daar bij het Hof op is teruggekomen, niet redengevend zijn voor de bewezenverklaring en niet zijn gebruikt als een bewijsmiddel in de zin van art. 338 Sv. Dat brengt mee dat het wettelijk bewijsstelsel niet geldt, zodat de verklaring waarop de betrouwbaarheid wordt gegrond niet hoeft te voldoen aan

---

<sup>28</sup> Zie HR 17 maart 1998, NJ 1998, 798 (gebruiken voor bewijs mag niet) en HR 12 juni 1984, NJ 1985, 135 (gebruiken ter ontlasting mag wel).

<sup>29</sup> Vgl. Knigge 1980, 'Beslissen en motiveren', p. 160-167; Fokkens 1984, 'Bewijzen in het strafprocesrecht', p. 29-31; noot Knigge onder HR 27 oktober 1992, NJ 1993, 195; en Dreissen 2007, 'Bewijsmotivering in strafzaken', p. 106-109.

de eisen van art. 342 lid 1 Sv. Deze lijn vindt bevestiging in recente jurisprudentie. In HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9969 overwoog de Hoge Raad dat ten aanzien van een oordeel over de betrouwbaarheid van het gebezigde bewijsmateriaal niet de eis geldt dat het moet zijn ontleend aan wettige bewijsmiddelen. In de ogen van de Hoge Raad zijn gegevens die zien op de betrouwbaarheid niet redengevend voor de bewezenverklaring dat de verdachte het aan hem ten laste gelegde feit heeft begaan.<sup>30</sup>

De jurisprudentie over het bij de bewijsbeslissing betrekken van de weigering van de verdachte een verklaring af te leggen, kan ook in deze sleutel worden geplaatst. In HR 3 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0733 overwoog de Hoge Raad dat de weigering een verklaring af te leggen op zichzelf niet tot het bewijs kan bijdragen. De Hoge Raad stelde daarnaast echter dat de rechter het feit dat de verdachte voor een omstandigheid die redengevend moet worden geacht voor het bewijs geen adequate verklaring heeft gegeven, in zijn overwegingen omtrent het gebezigde bewijsmateriaal mag betrekken. Het weigeren een verklaring af te leggen mag door de rechter dus niet als redengevend feit in de bewijsconstructie worden verwerkt, maar het mag wel dienen om de redengevendheid en betrouwbaarheid van een geoorloofd bewijsmiddel te ondersteunen.<sup>31</sup>

Het hoeft geen betoog dat de externe factoren die van belang zijn voor de bewijskracht van een bewijsmiddel een bepalende rol kunnen spelen bij het vormen van de overtuiging. Een geoorloofd bewijsmiddel dat gepaard gaat met gegevens waaruit volgt dat het bewijsmiddel zeer betrouwbaar is, heeft een grotere bewijskracht dan een bewijsmiddel dat niet op dergelijke wijze wordt ondersteund (*ceteris paribus*). Het laat zich dan ook denken dat in het eerste geval wél en in het tweede geval niet tot een overtuiging wordt gekomen. Men kan zich afvragen of de overtuiging die in het eerste geval is gekomen in overeenstemming is met art. 338 Sv. Als in art. 338 Sv de eis wordt gelezen dat de overtuiging *uitsluitend* op wettig (geoorloofd) bewijsmateriaal gebaseerd moet zijn, dan verdraagt de opvatting van de Hoge Raad zich slecht met de bepaling.<sup>32</sup> Bij 'wegdenking' van de externe factor zou de overtuiging immers niet tot stand zijn gekomen. De Hoge Raad vat art. 338 Sv kennelijk niet zo beperkt op. In de opvatting van de Hoge Raad mag de overtuiging wel degelijk mede worden veroorzaakt door externe factoren die niet worden ontleend aan geoorloofd bewijsmateriaal. Voor deze opvatting pleit dat een andere opvatting het gevaar van oneindige regressie in zich bergt. Als het gegeven dat een geoorloofd bewijsmiddel ondersteunt zelf ook weer in een geoorloofd bewijsmiddel moet zijn vervat, dan doemt de vraag op of dat gegeven ook weer op een geoorloofd bewijsmiddel moet worden gegrond.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Vgl. HR 23 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5858, waarnaar de Hoge Raad verwijst.

<sup>31</sup> Vgl. Keulen & Knigge 2010, 'Strafprocesrecht', p. 516-518.

<sup>32</sup> Vgl. Knigge 1980, 'Beslissen en motiveren', p. 173-175 en noot Knigge onder HR 27 oktober 1992, NJ 1993, 195.

<sup>33</sup> Enzovoort, tot de rechtvaardiging ontleend kan worden aan feiten van algemene bekendheid (inclusief algemene ervaringsregels).

## 2.4 Aard van de rechterlijke overtuiging

In de voorgaande paragraaf heb ik aandacht besteed aan de bronnen die ten grondslag mogen worden gelegd aan de overtuiging of het gebrek aan overtuiging. In deze paragraaf sta ik stil bij de aard van de rechterlijke overtuiging. Het is daarbij de vraag op welke wijze dit ongrijpbare fenomeen dient te worden begrepen.

De rechterlijke overtuiging kan naar mijn mening in verband worden gebracht met de cognitieve poot van de in hoofdstuk 4 te bespreken rationele keuzetheorie (de kansintegratietheorie).<sup>34</sup> Ik gebruik de begrippen ‘overtuigingsgraad’ en ‘overtuiging’ daar om uitdrukking te geven aan de cognitieve psychische act. De overtuigingsgraad is gemodelleerd naar de schaal die wordt gebruikt om objectieve kansen uit te drukken. Deze schaal loopt van 0 (volledig niet overtuigd zijn) tot 1 (volledige overtuiging). De schaal kan ook in procenten worden uitgedrukt en loopt dan van 0 procent tot 100 procent. In de context van art. 338 Sv kan de overtuigingsgraad gezien worden als een inschatting door de feitenrechter van de kans dat het ten laste gelegde feit waar is.<sup>35</sup> Bij het maken van deze inschatting is de rechter onder meer gebonden aan de in de vorige paragraaf besproken randvoorwaarden. Het staat de feitenrechter niet vrij alle hem kenbare gegevens te gebruiken. Hij mag zijn inschatting alleen maken op basis van geoorloofd bewijsmateriaal (dat op de zitting naar voren is gebracht).<sup>36</sup>

Het kan zich voordoen dat de overtuigingsgraad die gebaseerd is op geoorloofd bewijsmateriaal lager is dan de overtuigingsgraad die mede gebaseerd is op ongeoorloofd bewijsmateriaal, zoals van het bewijs uitgesloten onrechtmatig verkregen bewijs of een reclasseringsrapport. Tegen deze achtergrond zou de overtuiging in de zin van art. 338 Sv bestempeld kunnen worden als een ‘rationele overtuiging’. Zij vormt een kansinschatting die gerelateerd is aan bronnen die een rol mogen spelen in het juridische domein. Het is derhalve mogelijk dat de rechter dient vrij te spreken op basis van de verkregen rationele overtuigingsgraad, hoewel zijn ‘persoonlijke’ overtuigingsgraad tot een bewezenverklaring zou nopen.

Als de overtuiging in art. 338 Sv gezien wordt als een rationele overtuigingsgraad, dan kan de vraag worden opgeworpen welke overtuigingsgraad minimaal benodigd is voor een bewezenverklaring.<sup>37</sup> Met het stellen

---

<sup>34</sup> Zie paragraaf 4.4.1.

<sup>35</sup> Zie ook paragraaf 7.2.

<sup>36</sup> Zoals in de vorige paragraaf is uiteengezet, mag de bewijskracht van een geoorloofd bewijsmiddel wel mede worden gestoeld op externe factoren die niet in een bewijsmiddel zijn vervat. In dat geval kan de inschatting nog steeds herleid worden tot geoorloofd bewijsmateriaal. Daarnaast mag de overtuiging ook mede gebaseerd worden op feiten of omstandigheden van algemene bekendheid (en algemene ervaringsregels) die niet zijn vervat in wettige bewijsmiddelen.

<sup>37</sup> Zie ook paragraaf 7.4, waarin een empirisch onderzoek naar de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ wordt besproken.

van deze vraag wil ik niet impliceren dat rechters zich in de praktijk daadwerkelijk een kwantitatief oordeel vormen. Dat neemt echter niet weg dat het oordeel dat de verdachte schuldig is, omgezet zou kunnen worden in een getalswaarde via de daarvoor bestemde feilbare meetmethodes.<sup>38</sup> Als men een dergelijke exercitie zou ondernemen, dan kan de vraag worden gesteld welke uitkomsten in overeenstemming zijn met art. 338 Sv. Voldoet een overtuiging die zich laat rangschikken als een overtuigingsgraad van  $x$  procent aan de eisen van art. 338 Sv?

De rechtspraak biedt in elk geval geen inzicht in de vraag welke standaard rechtens zou zijn. De Hoge Raad heeft zich niet direct uitgelaten over de vraag welke overtuigingsgraad minimaal benodigd is voor een bewezenverklaring. De Hoge Raad eist ook niet dat de feitenrechter de gehanteerde bewijsstandaard meer specificeert dan art. 338 Sv dit doet. Feitenrechters plegen dan ook te volstaan met de overweging dat het ten laste gelegde feit al dan niet wettig en overtuigend bewezen wordt geacht. Tegen deze achtergrond valt derhalve geen cassatie te verwachten op de grond dat een te hoge of een te lage overtuigingsgraad is gehanteerd.<sup>39</sup> De gehanteerde overtuigingsmaatstaf kan hoogstens indirect aanleiding vormen voor cassatie. Dat kan zich voordoen als een vrijspraak of een bewezenverklaring onbegrijpelijk is tegen de achtergrond van het bewijsmateriaal of de door het Openbaar Ministerie of de verdediging ingenomen standpunten. Het hanteren van een te hoge dan wel een te lage overtuigingsmaatstaf vormt een mogelijke verklaring voor een onbegrijpelijke vrijspraak of bewezenverklaring.<sup>40</sup> Vanwege de beperkte toetsing door de Hoge Raad zullen alleen substantiële afwijkingen van de juiste overtuigingsmaatstaf tot cassatie kunnen leiden.<sup>41</sup>

Aan de literatuur vallen iets meer aanwijzingen te ontlelen over de voor art. 338 Sv vereiste overtuigingsgraad. De lat wordt daarin behoorlijk hoog gelegd. Dat blijkt in de eerste plaats uit de nadruk die gelegd wordt op de antipode van de overtuigingsstandaard: het is algemeen aanvaard dat twijfel tot vrijspraak dient te leiden.<sup>42</sup> De hoge eisen blijken in de tweede plaats uit de

---

<sup>38</sup> Vgl. Von Winterfeldt & Edwards 1986, 'Decision analysis and behavioral research', p. 112-122 en Dhami 2008, 'On measuring quantitative interpretations of reasonable doubt'.

<sup>39</sup> Zie echter HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9975, waarin de Hoge Raad casseerde, omdat de feitenrechter een te strenge maatstaf (in dubio pro reo) aanlegde bij de beoordeling van een beroep op avas.

<sup>40</sup> Een andere verklaring wordt gevormd door het feit dat de rechter weliswaar uitgaat van de juiste overtuigingsmaatstaf, maar dat hij niet snel genoeg dan wel te snel overtuigd raakt. Zie paragraaf 2.7.

<sup>41</sup> Zie paragraaf 2.5 en 2.6.

<sup>42</sup> Vgl. Fokkens 1984, 'Bewijzen in het strafprocesrecht', p. 22-24; Dreissen 2007, 'Bewijsmotivering in strafzaken', p. 2; Reijntjes 2009, 'Minkenhof's Nederlandse strafvordering', p. 74; Keulen & Knigge 2010, 'Strafprocesrecht', p. 472 en 475; Cleiren 2010, 'De rechterlijke overtuiging: een sprong met hindernissen', p. 260; Nijboer 2011, 'Strafrechtelijk bewijsrecht', p. 24-25, 75 en 164; Corstens & Borgers 2014, 'Het Nederlands strafprocesrecht', p. 758; Dubelaar 2014, 'Betrouwbaar getuigenbewijs', p.

bewoordingen die worden gebruikt om de rechterlijke overtuiging te duiden. In de literatuur wordt de overtuiging in verband gebracht met “een grote mate van subjectieve zekerheid” (Enschedé), “een zeer hoge mate van waarschijnlijkheid” (Fokkens), “een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid” (Dreissen), “een hoge mate van zekerheid” (Borgers) en “een zeer klemmende graad van waarschijnlijkheid” (Nijboer).<sup>43</sup>

De in de literatuur genoemde typeringen lijken erop te wijzen dat een behoorlijk hoge overtuigingsgraad – bijvoorbeeld 95 of 99 procent – benodigd is om tot een bewezenverklaring te komen. Een interessante vraag is bij welke overtuigingsgraad rechters in de praktijk tot een bewezenverklaring over zouden gaan. In Amerika zijn pogingen ondernomen om de daar geldende bewijsstandaard – ‘proof beyond a reasonable doubt’ – te kwantificeren. Deze standaard laat zich goed vergelijken met de in art. 338 Sv neergelegde overtuigingseis.<sup>44</sup> In empirisch onderzoek met betrekking tot de Amerikaanse bewijsstandaard werd aan rechters, juryleden en studenten gevraagd aan te geven bij welke mate van zekerheid over de schuld ze bij de hun voorgelegde zaken zouden besluiten tot een veroordeling. Het bleek dat een schuldovertuiging van tussen de 80 en 90 procent over het algemeen volstond.<sup>45</sup> Het meten van de overtuigingsgraad via indirecte meetmethodes leverde zelfs nog substantieel lagere waarden op.<sup>46</sup>

Het valt op dat de in de praktijk gevonden grenzen nog behoorlijk ver verwijderd zijn van een overtuigingsgraad van 100 procent. Kennelijk hoeft een subjectieve kans van 10 á 20 procent op onschuld nog geen redelijke twijfel op te leveren.<sup>47</sup> Het is uiteraard niet gezegd dat deze onderzoeksresultaten

---

33-34 en 91-93; en Dubelaar 2015, ‘Inleidende opmerkingen’ bij ‘Derde afdeling Bewijs’ (T&C strafvordering).

<sup>43</sup> Enschedé 1966, ‘Bewijzen in het strafrecht’, p. 514; Fokkens 1984, ‘Bewijzen in het strafprocesrecht’, p. 29; Dreissen 2007, ‘Bewijsmotivering in strafzaken’, p. 2 en 197; noot Borgers onder HR 30 juni 2009, NJ 2009, 496; en Nijboer 2011, ‘Strafrechtelijk bewijsrecht’, p. 73.

<sup>44</sup> Vgl. Nijboer 2011, ‘Strafrechtelijk bewijsrecht’, p. 74 en Dubelaar 2014, ‘Betrouwbaar getuigenbewijs’, p. 92.

<sup>45</sup> Zie Simon 1970, “‘Beyond a reasonable doubt’: an experimental attempt at quantification”; Simon & Mahan 1971, ‘Quantifying burdens of proof: a view from the bench, the jury, and the classroom’; McCauliff 1982, ‘Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees?’; Hastie 1993, ‘Algebraic models of juror decision processes’; en Dhami 2008, ‘On measuring quantitative interpretations of reasonable doubt’.

<sup>46</sup> Zie Hastie 1993, ‘Algebraic models of juror decision processes’ en Dhami 2008, ‘On measuring quantitative interpretations of reasonable doubt’. Bij indirecte meetmethodes wordt niet direct aan proefpersonen gevraagd de waarde te specificeren, maar wordt de waarde afgeleid uit andere gegevens. Deze methodes resulteerden in waarden iets boven de 50 procent.

<sup>47</sup> Posner 1999, ‘An economic approach to the law of evidence’, p. 1504-1507 wijst erop dat het hanteren van een dergelijke relatief soepele standaard niet a contrario meebrengt dat 10 á 20 procent van de veroordeelden onschuldig is. Dat percentage zal over het algemeen veel lager zijn. Dat is het geval als het Openbaar Ministerie voornamelijk personen vervolgt die zeer waarschijnlijk schuldig zijn. Deze redenering laat zich overigens niet zo goed toepassen op de selectie van zaken die in dit boek centraal

geëxtrapoleerd kunnen worden naar de Nederlandse situatie. Anderzijds valt ook niet direct een reden aan te wijzen waarom Nederlandse rechters sterk zouden afwijken van de in Amerikaans onderzoek gevonden resultaten.<sup>48</sup> Ik acht het goed denkbaar dat een behoorlijk lagere overtuigingsgraad dan 100 procent ook door Nederlandse feitenrechters voldoende zou worden geacht.

Deze op empirisch onderzoek gebaseerde speculaties zeggen op zichzelf beschouwd niets over de vraag welke mate van zekerheid art. 338 Sv vereist. Zoals gezegd heeft de Hoge Raad zich nooit expliciet uitgelaten over de vraag welke overtuigingsgraad minimaal benodigd is voor een veroordeling. In de literatuur wordt over het algemeen een zeer hoge mate van waarschijnlijkheid geëist. Deze visie is in lijn met de opvatting van het Duitse Bundesgerichtshof, dat heeft bepaald dat de door de rechter vastgestelde feitenconstellatie met een hoge mate van waarschijnlijkheid overeen dient te stemmen met de werkelijkheid.<sup>49</sup>

De in de literatuur en door het Bundesgerichtshof aangehangen visie komt mij overtuigend voor. Het is nu de vraag of de wat ambigue termen die worden gebruikt om de overtuigingsgraad aan te duiden kunnen worden omgezet in een getalswaarde. Uit psychologisch onderzoek blijkt dat het moeten kwantificeren van kansen doorgaans op grote weerstand stuit.<sup>50</sup> Deze weerstand is mij niet vreemd, maar ik meen dat het aanbeveling verdient toch een poging tot kwantificering te wagen. Het poneren van een getalswaarde maakt het gemakkelijker een discussie te voeren. Het is namelijk goed denkbaar dat personen een verschillende betekenis toekennen aan kwalitatieve aanduidingen als 'een hoge mate van zekerheid'. Dergelijke verschillen komen niet boven water als de kwalitatieve aanduidingen niet worden gekwantificeerd. Daarnaast zijn er aanwijzingen dat het kwantificeren van de bewijsstandaard mensen er meer toe aanzet de hoge eisen die in de doctrine gesteld worden daadwerkelijk toe te passen dan het geval is bij kwalitatieve criteria.<sup>51</sup>

Alles overziend zou ik de hoge eisen die in de Nederlandse doctrine worden gesteld, willen vertalen in een minimaal benodigde overtuigingsgraad van

---

staat. In de context van gevaarlijke verkeersgedragingen is het juist vaak sterk de vraag of al dan niet sprake is van opzet. In paragraaf 8.6 zal ik betogen dat een groot deel van de veroordeelden onschuldig is (voor het delict waarvoor veroordeeld is). Een van de verklaringen daarvoor is het hanteren van een te lage overtuigingsstandaard (zie paragraaf 8.6.3.4).

<sup>48</sup> Onderzoek onder Noorse rechters is in lijn met de in Amerikaans onderzoek gevonden resultaten. Het valt daarbij op dat rechters een hogere standaard hanteren dan gewone burgers. Zie Magnussen e.a. 2014, 'The probability of guilt in criminal cases: are people aware of being "beyond reasonable doubt"?' Zie De Keijser, De Lange & Van Wilsem 2014, 'Wrongful convictions and the Blackstone ratio: an empirical analysis of public attitudes' voor relevant onderzoek onder Nederlandse burgers.

<sup>49</sup> Zie Bundesgerichtshof 29 juli 1991, 5 StR 278, 91. Zie hierover Dreissen 2007, 'Bewijsmotivering in strafzaken', p. 306-311 en 337-338.

<sup>50</sup> Vgl. Beyth-Marom e.a. 1985, 'An elementary approach to thinking under uncertainty', p. 36-51 en Von Winterfeldt & Edwards 1986, 'Decision analysis and behavioral research', p. 20 en 98-100.

<sup>51</sup> Vgl. Kagehiro & Stanton 1985, 'Legal vs. quantified definitions of standards of proof'.

95 procent. Dat betekent dat de rechter tot vrijspraak moet besluiten als hij, op basis van geoorloofd belastend en ontlastend bewijsmateriaal, tot de conclusie komt dat de kans dat het ten laste gelegde niet waar is groter is dan 5 procent. Het criterium brengt mee dat de kans op schuld ten minste 19 keer (95:5) zo hoog moet worden ingeschat als de kans op onschuld.<sup>52</sup>

De bovenstaande opvatting gaat er impliciet van uit dat de minimaal benodigde overtuigingsgraad in alle gevallen hetzelfde dient te zijn. Daar kan ook anders over gedacht worden. Men zou kunnen menen dat de vereiste overtuigingsgraad afhankelijk is van het delict, het bewijsthema of de bij een veroordeling op te leggen sanctie.<sup>53</sup> In deze benadering zou bijvoorbeeld een hogere of lagere overtuigingsgraad vereist kunnen worden voor moord dan voor een eenvoudige overtreding.<sup>54</sup> Of men zou een hogere overtuigingsgraad kunnen vereisen voor objectieve bestanddelen dan voor subjectieve bestanddelen.<sup>55</sup> Ik merk op dat art. 338 Sv in elk geval geen aanknopingspunt biedt voor een contextafhankelijke interpretatie. Het lijkt mij uit het oogpunt van heldere normstelling voor feitenrechters ook geen aanbeveling te verdienen de vereiste overtuigingsgraad afhankelijk te stellen van allerlei normatieve factoren.

In mijn visie bevat art. 338 Sv een instructienorm voor de feitenrechter. Een legitieme vraag is of we ervan verzekerd kunnen zijn dat de rechter zich houdt aan deze instructienorm. In de literatuur pleegt (terecht) een verband

---

<sup>52</sup> Het verdient opmerking dat deze ratio zich alleen voordoet als veroordeeld wordt bij een daadwerkelijke overtuigingsgraad van 95 procent. Alle andere overtuigingsgraden die een veroordeling rechtvaardigen, leiden tot een hogere ratio. In de praktijk zal een rechter die dit criterium als ondergrens hanteert dus veelal uitkomen op een hogere ratio. Bij het kiezen van het criterium is van belang de vraag te stellen of iedere individuele verdachte 'recht heeft' op deze (of een andere) minimumovertuigingsgraad. Ik meen dat dat het geval is. Men zou echter ook uit kunnen gaan van een ander perspectief, waarbij het feit dat men bij bepaalde verdachten heel zeker van de schuld is, meebrengt dat men in andere gevallen minder zeker hoeft te zijn. Een rechter die genoegen neemt met een minimaal benodigde overtuigingsgraad van 80 procent, zou op de lange termijn kunnen uitkomen op een relatief laag (ingeschat) percentage onschuldige veroordeelden, omdat het gros van zijn zaken bestaat uit gevallen waarin de schuld in zijn optiek onomstotelijk vaststaat.

<sup>53</sup> Vgl. Enschedé 1966, 'Bewijzen in het strafrecht', p. 514 met betrekking tot de zwaarte van de op te leggen sanctie.

<sup>54</sup> Bij een ernstig delict staat er zowel meer op het spel voor de verdachte (een hogere straf) als voor de maatschappij (een zware crimineel op vrije voeten). Afhankelijk van welk belang het zwaarst weegt, zou het criterium zowel strenger als minder streng gemaakt kunnen worden. Uit op de Nederlandse situatie betrekking hebbend empirisch onderzoek volgt dat *rechters* de overtuigingsstandaard niet lieten afhangen van de ernst van het delict. Zie De Keijser & Van Koppen 2007, 'Paradoxes of proof and punishment: psychological pitfalls in judicial decision making'. *Gewone burgers* prefererden echter een lagere overtuigingsstandaard bij ernstiger delicten. Zie De Keijser, De Lange & Van Wilsem 2014, 'Wrongful convictions and the Blackstone ratio: an empirical analysis of public attitudes'.

<sup>55</sup> Zie paragraaf 2.7.4 en 8.6.3.4.

te worden gelegd tussen de rechterlijke overtuiging en motiveringseisen.<sup>56</sup> Daarmee wordt benadrukt dat het in art. 338 Sv niet (alleen) gaat om de hoogstpersoonlijke overtuiging: een overtuiging die niet te motiveren valt, voldoet niet. De nadruk op motiveringseisen zou in een ander opzicht echter wel eens een verkeerde indruk kunnen wekken. Ik doel daarbij op de opvatting dat art. 338 Sv geen zelfstandige betekenis heeft naast de motiveringsvoorschriften.<sup>57</sup> Deze opvatting komt er in wezen op neer dat een overtuiging die zich cassatiebestendig laat motiveren om die reden voldoet aan de eisen die art. 338 Sv stelt.<sup>58</sup> Ik geef twee voorbeelden om de gedachten te bepalen.

*Voorbeeld 1.* Stel, in een bepaalde zaak volgt de schuld van de verdachte onomstotelijk uit onrechtmatig verkregen bewijs dat van het bewijs wordt uitgesloten. Op basis van al het bewijsmateriaal, inclusief het onrechtmatig verkregen bewijs, is de rechter er volledig van overtuigd dat het ten laste gelegde waar is. De overtuiging zou echter niet ontstaan zijn als hij geen kennis had gehad van het ongeoorloofde bewijsmateriaal.<sup>59</sup> Desondanks is de rechter in staat tot een cassatiebestendige motivering van de bewezenverklaring te komen.

*Voorbeeld 2.* Stel, in een bepaalde zaak verkrijgt de rechter op basis van geoorloofd bewijsmateriaal de overtuiging dat het ten laste gelegde waar is. De rechter acht zich echter reeds overtuigd bij een overtuigingsgraad van 70 procent (er arguendo van uitgaand dat art. 338 Sv een overtuigingsgraad van 95 procent vereist). Ook deze rechter is in staat tot een cassatiebestendige motivering van de bewezenverklaring te komen.

In de volgende twee paragrafen zal uiteengezet worden dat de Hoge Raad slechts beperkte ruimte heeft om het feitelijk oordeel te toetsen. Het laat zich derhalve goed denken dat een overtuiging die niet is gegrond op geoorloofd bewijsmateriaal (voorbeeld 1) of een overtuigingsgraad die onvoldoende hoog is (voorbeeld 2) ten grondslag gelegd kan worden aan een cassatiebestendige bewezenverklaring. Dat betekent dat de bewezenverklaring door de Hoge Raad niet onbegrijpelijk zou worden geacht indien deze door hem getoetst werd. Naar mijn mening zijn de in de voorbeelden geschetste bewezenverklaringen in strijd met de instructienorm die besloten ligt in art. 338 Sv. Het enkele feit dat deze schending van de wet niet tot cassatie kan leiden, doet daar niet aan af.

---

<sup>56</sup> Zie bijv. Knigge 1980, 'Beslissen en motiveren', p. 140-144; Cleiren 2010, 'De rechterlijke overtuiging: een sprong met hindernissen', p. 260-261; en Nijboer 2011, 'Strafrechtelijk bewijsrecht', p. 72 en 74.

<sup>57</sup> De opvatting van Enschedé gaat in de richting van dit standpunt. Zie Enschedé 1966, 'Bewijzen in het strafrecht', p. 513-518.

<sup>58</sup> Hetzelfde geldt uiteraard voor een gebrek aan overtuiging.

<sup>59</sup> Zie paragraaf 2.3 over het hypothetische criterium dat het ongeoorloofde bewijsmateriaal 'wegdenkbaar' moet zijn. Dat is het geval als de overtuiging (waarschijnlijk) ook ontstaan zou zijn bij de afwezigheid van het ongeoorloofde bewijsmateriaal.



Tot nu toe heb ik de rechterlijke overtuiging besproken in de context van de alleensprekende rechter. Een interessante vraag is hoe de voor art. 338 Sv benodigde overtuigingsgraad zich verhoudt tot uitspraken van de meervoudige kamer. Het vervallen art. 27 RO bepaalde in dat verband het volgende: “Wanneer er meer dan twee verschillende gevoelens zijn uitgebracht, zal het besluit worden opgemaakt op de wijze, die het meest overeenkomt met het gevoel van de meerderheid.” Volgens Corstens & Borgers geldt de hierin neergelegde meerderheidsregel nog steeds.<sup>60</sup> In lijn daarmee stelt Dubelaar dat de praktijk ervan uitgaat dat een twee tegen één meerderheid voldoende is voor het bereiken van de bewijsstandaard die is neergelegd in art. 338 Sv.<sup>61</sup> Deze simpele benadering brengt mee dat individuele kansinschattingen uiteindelijk de doorslag geven. Voor een veroordeling is vereist dat twee van de drie rechters de voor art. 338 Sv vereiste overtuigingsgraad hebben verkregen.

Ik zou mij overigens kunnen voorstellen dat een genuanceerdere beslissingsregel tot uitgangspunt wordt genomen. Men zou er bijvoorbeeld voor kunnen opteren de individuele overtuigingsgraden samen te voegen tot een collectieve overtuigingsgraad.<sup>62</sup> In deze benadering wordt getracht een beslissing te nemen die het meest overeenkomt met het gevoel van *alle* rechters. In dat geval kan het zich voordoen dat een twee tegen één meerderheid toch niet voldoende is voor een bewezenverklaring, bijvoorbeeld omdat één rechter in het geheel niet overtuigd is en de andere rechters slechts net aan overtuigd zijn.<sup>63</sup> Hoewel deze benadering meer recht doet aan de gemeenschappelijke kern van de opvattingen, is de beslissingsregel complexer dan de meerderheidsregel. Bovendien laat deze benadering de mogelijkheid open dat men geen overeenstemming bereikt over de vraag wat de collectieve overtuiging is. In dat geval zal de beslissing hoe dan ook door stemming tot stand moeten komen.<sup>64</sup> Al met al lijkt het daarom toch de voorkeur te verdienen de beslissing te nemen op basis van de meerderheid van individuele oordelen. Dat laat onverlet dat de individuele oordelen die aan de beslissing ten grondslag worden gelegd, beïnvloed kunnen zijn door opvattingen van de andere rechters.

Vanuit het in dubio pro reo-beginsel bezien, vallen overigens wel vraagtekens te plaatsen bij de meerderheidsregel. Deze regel brengt mee dat een twee tegen één meerderheid volstaat voor een bewezenverklaring en veroordeling. De vraag kan opgeworpen worden of het feit dat één van slechts drie beroepsrechters onvoldoende overtuigd is geraakt zich niet zou moeten verta-

<sup>60</sup> Corstens & Borgers 2014, ‘Het Nederlands strafprocesrecht’, p. 731.

<sup>61</sup> Dubelaar 2015, ‘Commentaar op art. 338 Sv’ (T&C strafvordering).

<sup>62</sup> Het gebruik van de term ‘overtuigingsgraad’ betekent niet noodzakelijkerwijs dat het individuele oordeel eerst omgezet moet worden in een getalswaarde. Dat neemt niet weg dat kwantificering wellicht de discussie vergemakkelijkt.

<sup>63</sup> Anderzijds kan onder omstandigheden tot een bewezenverklaring worden besloten, hoewel twee van de drie rechters voor een vrijspraak opteren.

<sup>64</sup> Dat neemt niet weg dat de stemming betrekking zou kunnen hebben op de vraag of in de optiek van de individuele rechter sprake is van een collectieve overtuiging.

len in een beslissing in het voordeel van de verdachte.<sup>65</sup> Deze benadering wordt over het algemeen ook gevolgd bij de juryrechtspraak in Amerikaanse strafzaken. Als geen unanimiteit wordt bereikt, dan kan in de regel geen veroordeling volgen.<sup>66</sup> De unanimiteitsregel behelst een radicale verandering ten opzichte van de meerderheidsregel. Bij de meerderheidsregel wordt de opvatting van de niet-overtuigde rechter genegeerd, terwijl de unanimiteitsregel meebrengt dat de mening van de niet-overtuigde rechter de doorslag geeft. In het vervallen art. 424 lid 1 Sv was een geclausuleerde versie van deze regel neergelegd. Hierin werd bepaald dat in hoger beroep slechts met eenparigheid van stemmen tot een bewezenverklaring kon worden gekomen indien de verdachte in eerste aanleg was vrijgesproken. Dat voorkwam dat een twee tegen vier minderheid met betrekking tot een veroordeling (eerste en tweede aanleg gecombineerd) nochtans tot een veroordeling kon leiden.

Ik kom tot een afronding van deze paragraaf. Geconstateerd moet worden dat de rechtspraak en de literatuur weinig houvast bieden bij de interpretatie van de in art. 338 Sv neergelegde standaard. Dat valt te betreuren. Art. 338 Sv kan zijn functie als richtsnoer voor feitenrechters beter vervullen als meer duidelijkheid bestaat over de interpretatie van deze norm. Het specificeren van een getalswaarde kan daarbij een (beperkte) rol spelen. Daarmee wil ik niet impliceren dat de vereiste overtuigingsgraad tot op zeven cijfers achter de komma dient te worden gespecificeerd.<sup>67</sup> Het belangrijkste doel van het specificeren van de kansgrootte is gelegen in het bieden van meer duidelijkheid. De in de literatuur gebruikelijke verbale omlijningen laten wat dat betreft aan duidelijkheid te wensen over. Het belangrijkste doel van de ondergrens van 95 procent zou wel eens kunnen zijn dat duidelijk gecommuniceerd wordt welke overtuigingsgraad absoluut onvoldoende is. Deze ondergrens communiceert duidelijk dat een overtuigingsgraad van 50 of 60 procent bij lange na niet volstaat om tot een bewezenverklaring te komen. Het feit dat het hanteren van een te lage overtuigingsgraad zich veelal niet over de band van de motiveeringsvoorschriften laat controleren, onderstreept het belang van het stellen van een heldere norm. De feitenrechter is op die manier beter in staat om zijn eigen verantwoordelijkheid te nemen.

---

<sup>65</sup> Een tegenargument is dat de verdachte reeds bevoordeeld wordt door de hoge overtuigingsgraad die art. 338 Sv vereist, zodat geen extra bevoordeling nodig is via de beslissingsregel. Dat moge zo zijn, maar het is de vraag of de afwezigheid van twijfel bij slechts twee rechters voldoende is om de redelijke twijfel van één rechter uit te vlakken. Ik heb daarover mijn twijfels.

<sup>66</sup> Vgl. Jonakait 2003, 'The American jury system', p. 16-17 en 94-104.

<sup>67</sup> Zie ook paragraaf 7.4 ten aanzien van de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans'.

## 2.5 Toetsing in cassatie

In de bovenstaande twee paragrafen is uiteengezet dat de in art. 338 Sv opgenomen rechterlijke overtuiging opgevat moet worden als een rationele kansinschatting op basis van geoorloofd bewijsmateriaal. De rechter mag pas veroordelen als hij een hoge mate van zekerheid – bijvoorbeeld 95 procent – heeft verkregen. Schending van de in art. 338 Sv neergelegde norm zal niet snel tot cassatie leiden, omdat de feitenrechter niet uiteen hoeft te zetten op grond waarvan hij de overtuiging heeft bekomen en bij welke mate van zekerheid of onzekerheid hij tot een bewezenverklaring of een vrijspraak komt.<sup>68</sup> Dat neemt niet weg dat gebreken in de overtuiging wel degelijk op indirecte wijze door de Hoge Raad getoetst kunnen worden. In deze paragraaf besteed ik aandacht aan de toetsingsmogelijkheden van de Hoge Raad.

Wat betreft de toetsingsmogelijkheden van de Hoge Raad is van belang onderscheid te maken tussen het domein van de feiten en het domein van het recht.<sup>69</sup> Het oordeel dat al dan niet sprake is van opzet heeft een gemengd karakter: het heeft een juridische en een feitelijke component. Bij een bewezenverklaring heeft de feitenrechter de overtuiging verkregen dat zich een bepaalde feitelijke constellatie heeft voorgedaan die gebracht kan worden onder de juridische definitie van het ten laste gelegde opzet. Een vrijspraak op basis van een gebrek aan overtuiging kent hetzelfde gemengde karakter.

De Hoge Raad kan de juridische component van het gemengde opzetoordeel volledig toetsen. Als de feitenrechter lijkt uit te gaan van een verkeerd opzetbegrip, dan kan het oordeel op die grond worden vernietigd.<sup>70</sup> In het Nederlandse strafrecht is de feitenrechter echter soeverein met betrekking tot de feiten. Dat brengt mee dat de Hoge Raad veel minder greep heeft op de feitelijke component van het opzetoordeel. De feitelijke component kan – anders dan de juridische component – niet volledig worden getoetst. De feitelijke component kan alleen op begrijpelijkheid worden getoetst. Hieronder sta ik achtereenvolgens stil bij de toetsing van de bewezenverklaring en de toetsing van de vrijspraak.<sup>71</sup>

De Hoge Raad kan niet direct toetsen of de feitenrechter terecht de overtuiging heeft bekomen dat het feit door de verdachte is begaan. Hoofregel is dat de feitenrechter vrij is in de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal. Uitgangspunt is dat het aan de feitenrechter is voorbehouden om tot het

---

<sup>68</sup> Zie HR 3 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:207 met betrekking tot het eerste punt.

<sup>69</sup> Vgl. Van Dorst 2015, 'Cassatie in strafzaken', p. 189-191.

<sup>70</sup> Zie bijv. HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1660 over de rechtsvraag ten aanzien van de verhouding tussen opzet en schuld. De Hoge Raad stelt dat het oordeel van het Hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting *indien* het is uitgegaan van een bepaalde interpretatie van het materiële recht. De Hoge Raad laat daarnaast echter de mogelijkheid open dat het gebrek zich op feitelijk niveau bevindt.

<sup>71</sup> De onderstaande bespiegelingen zijn voor een belangrijk deel gebaseerd op het boek van Van Dorst. Zie in het bijzonder Van Dorst 2015, 'Cassatie in strafzaken', p. 129-130, 189-197, 217-218 en 272-299.

bewijs te bezigen wat hem uit een oogpunt van betrouwbaarheid daartoe dienstig voorkomt en terzijde te stellen wat hij voor het bewijs van geen waarde acht, zonder dat hij van zijn oordeel omtrent de keuze en de betrouwbaarheid van het door hem gekozen bewijsmateriaal rekenschap behoeft af te leggen.<sup>72</sup>

De hoofdregel dat de feitenrechter vrij is in de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal heeft twee belangrijke consequenties. In de eerste plaats geldt dat een gebrek aan bewijskracht dat niet uit het bewijsmiddel zelf blijkt in beginsel geen reden voor cassatie oplevert. De redenen die de feitenrechter ten grondslag heeft gelegd aan zijn oordeel dat het bewijsmiddel betrouwbaar is, komen niet voor toetsing in aanmerking. De tweede belangrijke consequentie van de hoofdregel is dat ontlastend bewijsmateriaal – bewijsmateriaal dat tot vrijspraak zou kunnen leiden – in beginsel geen reden voor cassatie oplevert. Het enkele feit dat het beschikbare bewijsmateriaal ook tot een vrijspraak zou kunnen leiden, maakt de bewezenverklaring en de motivering daarvan nog niet onbegrijpelijk.<sup>73</sup>

De aan de feitenrechter toegekende vrijheid in de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal zorgt ervoor dat de Hoge Raad de bewijsbeslissing als het ware met de handen op de rug toetst. Uitgangspunt van de toetsing is belastend bewijsmateriaal waarbij van de betrouwbaarheid daarvan wordt uitgegaan. De aan de feitenrechter opgelegde motiveringsverplichtingen vormen de grondslag voor deze beperkte toetsing. Art. 359 lid 3 Sv geeft als hoofdregel dat de feitenrechter bewijsmiddelen in de uitspraak dient op te nemen.<sup>74</sup> Deze bewijsmiddelen dienen feiten en omstandigheden te bevatten die redengevend zijn voor de bewezenverklaring. De Hoge Raad kan op basis daarvan toetsen of het bewijs toereikend is. De toereikendheid van het bewijs wordt marginaal getoetst. Het is de vraag of het bewezen verklaarde uit de bewijsmiddelen *kan* worden afgeleid.<sup>75</sup> In dat geval kan gezegd worden dat de feitenrechter door de bewijsmiddelen de overtuiging heeft kunnen bekomen. Bij deze toetsing kan tevens acht worden geslagen op nadere bewijsoverwegingen die, al dan niet op basis van art. 359 lid 2 Sv, in de uitspraak zijn opgenomen.

---

<sup>72</sup> Zie bijv. HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1799.

<sup>73</sup> Zie bijv. HR 9 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1504. Van Dorst 2015, 'Cassatie in strafzaken', p. 278-279 stelt in dat verband dat uitgangspunt is dat in cassatie niet met vrucht kan worden aangevoerd dat de feitenrechter de tenlastelegging ten onrechte bewezen heeft geacht of dat de bewezenverklaring onvoldoende is gemotiveerd, omdat tegenover de twee getuigenverklaringen die tot bewijs zijn gebruikt, tien getuigen staan die onder ede hebben verklaard dat de verdachte onschuldig is.

<sup>74</sup> Zie de laatste zin van art. 359 lid 3 Sv voor de uitzondering op de hoofdregel (de bekende verdachte).

<sup>75</sup> Vgl. Knigge 1980, 'Beslissen en motiveren', p. 140 en 152-155; Knigge 2001, 'Het wettelijk bewijsstelsel', p. 113-115; Keulen & Knigge 2010, 'Strafprocesrecht', p. 569; Nijboer 2011, 'Strafrechtelijk bewijsrecht', p. 238; Corstens & Borgers 2014, 'Het Nederlands strafprocesrecht', p. 849; en Van Dorst 2015, 'Cassatie in strafzaken', p. 272-273.

De hoofdregel dat de feitenrechter vrij is in de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal behoeft evenwel nuancering in het kader van het in art. 359 lid 2 Sv neergelegde uitdrukkelijk onderbouwd standpunt. De uit die bepaling voortvloeiende motiveringsplicht brengt mee dat soms ook over de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal verantwoording moet worden afgelegd.<sup>76</sup> Dat kan bijvoorbeeld gaan over de betrouwbaarheid van de gebezigde bewijsmiddelen, maar kan ook betrekking hebben op het buiten beschouwing laten van potentieel ontlastend bewijsmateriaal. Daarnaast kan gewezen worden op de in art. 360 Sv neergelegde motiveringsplicht met betrekking tot bepaalde bewijsmiddelen. Het gaat daar om bewijsmiddelen waarvan de betrouwbaarheid meer dan gemiddeld aandacht behoeft.<sup>77</sup>

De twee hier genoemde motiveringsplichten brengen aldus mee dat de Hoge Raad onder omstandigheden ruimer kan toetsen. De Hoge Raad kan de door de feitenrechter gegeven motivering op begrijpelijkheid toetsen. Wat betreft de aan de mate van motivering te stellen eisen komt bij het uitdrukkelijk onderbouwd standpunt onder meer betekenis toe aan de inhoud en indringendheid van de aangevoerde argumenten.<sup>78</sup> Schalken wijst erop dat de Hoge Raad in sommige arresten genoeg lijkt te nemen met vage of algemene formuleringen van de feitenrechter bij het responderen op een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt.<sup>79</sup> Tegen deze achtergrond is het de vraag in hoeverre de vrijheid van de feitenrechter substantieel wordt ingeperkt door de in de tweede zin van art. 359 lid 2 Sv neergelegde motiveringsplicht.

In het bovenstaande kwam naar voren dat de bewijsbeslissing en de motivering daarvan slechts beperkt worden getoetst door de Hoge Raad. Hetzelfde geldt voor gevallen waarin vrijgesproken wordt van opzet.<sup>80</sup> De aan de feitenrechter opgelegde motiveringsverplichtingen vormen de grondslag voor de toetsing door de Hoge Raad. Een vrijspraak dient – evenals een bewezenverklaring – gemotiveerd te worden volgens art. 359 lid 2 jo. 358 lid 2 Sv. Art. 359 lid 3 Sv, dat de rechter verplicht bewijsmiddelen in de uitspraak op te nemen bij een bewezenverklaring, geldt echter niet voor een vrijspraak. De feitenrechter is niet gehouden al het bewijsmateriaal dat hem *niet* kon overtuigen via de uitspraak kenbaar te maken. Dit bewijsmateriaal kan echter wel in de uitspraak aan bod komen over de band van het uitdrukkelijk onderbouwd standpunt. Een verwerping van een door het Openbaar Ministerie ingenomen

<sup>76</sup> Vgl. Keulen & Knigge 2010, 'Strafprocesrecht', p. 580 en Röttgering 2013, 'Cassatie in strafzaken: een rechtsbeschermend perspectief', p. 120. Zie ook HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1799, waarin de Hoge Raad het uitdrukkelijk onderbouwd standpunt expliciet als uitzondering op de hoofdregel benoemt.

<sup>77</sup> Vgl. Keulen & Knigge 2010, 'Strafprocesrecht', p. 572.

<sup>78</sup> Zie bijv. HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:953.

<sup>79</sup> Noot Schalken onder HR 4 maart 2014, NJ 2014, 281. Zie daarnaast HR 4 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:238; HR 18 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:350; en HR 31 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:1018. In alle zaken was de Advocaat-Generaal – anders dan de Hoge Raad – van mening dat het Hof niet adequaat had gerespondeerd.

<sup>80</sup> Vgl. Van Dorst 2015, 'Cassatie in strafzaken', p. 267-274.

uitdrukkelijk onderbouwd standpunt dient te worden gemotiveerd. In cassatie kan evenwel niet worden onderzocht of de feitenrechter die de verdachte op grond van zijn feitelijke waardering van het bewijsmateriaal heeft vrijgesproken, terecht tot dat oordeel is gekomen.<sup>81</sup> Het enkele feit dat het beschikbare bewijsmateriaal ook tot een bewezenverklaring zou kunnen leiden, maakt de vrijspraak en de motivering daarvan nog niet onbegrijpelijk.

In deze paragraaf is een zeer beperkt toetsingskader geschetst met betrekking tot bewezenverklaringen en vrijspraken. De eerste belangrijke beperking zit in het object van de toetsing. De toetsing heeft bij een bewezenverklaring in beginsel slechts betrekking op feiten, omstandigheden en redengeving die ten grondslag liggen aan de bewezenverklaring. Bij een vrijspraak heeft de toetsing in beginsel alleen betrekking op de redengeving die ten grondslag ligt aan de vrijspraak. Men zou kunnen stellen dat de Hoge Raad slechts de top van de ijsberg beschouwt. Onder omstandigheden kan een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt de Hoge Raad ertoe nopen een kijkje onder water te nemen.

De tweede belangrijke beperking ten aanzien van het door de Hoge Raad gehanteerde toetsingskader zit in de aard van de toetsing. De bewijsbeslissing en de motivering daarvan alsmede de vrijspraak en de motivering daarvan worden slechts marginaal getoetst. Het gaat er daarbij om of de feitenrechter in redelijkheid tot de beslissing heeft kunnen komen. Het is in dat verband de vraag op welke wijze de begrijpelijkheidstoets wordt ingevuld. In zijn boek over cassatie in strafzaken wijst Van Dorst erop dat de Hoge Raad een behoorlijke afstand in acht neemt:

“Indirect heeft de Hoge Raad dus via de begrijpelijkheidstoets een zekere greep op de feiten. Die greep is overigens beperkt omdat er een groot gebied ligt tussen wat (volstrekt) begrijpelijk en wat (volstrekt) onbegrijpelijk is, terwijl de Hoge Raad alleen in de laatste situatie pleegt in te grijpen.”<sup>82</sup>

Dat betekent derhalve dat de Hoge Raad niet ingrijpt in het grote gebied dat ligt tussen (volstrekke) begrijpelijkheid en (volstrekke) onbegrijpelijkheid. Het toetsingskader is zo gezien behoorlijk beperkt. Zolang de feitelijke component niet (volstrekt) onbegrijpelijk is, kan deze door de beugel. Het verdient daarbij opmerking dat de Hoge Raad zich bij vrijspraken nog terughoudender lijkt op te stellen dan bij bewezenverklaringen.<sup>83</sup> De motivering van een verwerping van een door het Openbaar Ministerie ingenomen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt wordt door de Hoge Raad snel voldoende geacht in het licht van de vrije selectie en waardering van het bewijsmateriaal door de feitenrechter.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Zie bijv. HR 9 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1504.

<sup>82</sup> Van Dorst 2015, ‘Cassatie in strafzaken’, p. 217 (voetnoot verwijderd).

<sup>83</sup> Vgl. noot Buruma onder HR 19 februari 2008, NJ 2008, 423; Keulen & Knigge 2010, ‘Strafprocesrecht’, p. 580-581; en Röttgering 2013, ‘Cassatie in strafzaken: een rechtsbeschermend perspectief’, p. 288-289.

<sup>84</sup> Zie bijv. HR 5 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4103; HR 18 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6157; en HR 13 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6250.

Volgens Buruma onderstreept de terughoudende benadering van de Hoge Raad dat de rechter zich niet door een motiveringsplicht geremd moet voelen vrij te spreken.<sup>85</sup>

## **2.6 De vrijheid van de feitenrechter: de cassatievrije zone**

### **2.6.1 Inleiding**

In de vorige paragraaf stond de vraag centraal hoe de Hoge Raad de uitspraken van de feitenrechter toetst. In de onderhavige paragraaf verschuift de aandacht naar de vrijheid van de feitenrechter. Ik tracht inzichtelijk te maken welke vrijheid de feitenrechter heeft om tot een veroordeling dan wel een vrijspraak te komen in zaken waarin (poging tot) doodslag in het verkeer ten laste is gelegd. Ik zal de vrijheid van de feitenrechter in drie fases belichten. Achtereenvolgens zal ik stilstaan bij de marginale toetsing door de Hoge Raad (paragraaf 2.6.2), de beperkte toetsing door de Hoge Raad (paragraaf 2.6.3) en de macht van de feitenrechter om de grondslag van zijn eigen oordeel vorm te geven (paragraaf 2.6.4). In paragraaf 2.6.5 sta ik ten slotte kort stil bij de vraag hoeveel vrijheid de feitenrechter in de praktijk heeft.

### **2.6.2 Marginale toetsing**

De vrijheid van de feitenrechter om tot een veroordeling dan wel een vrijspraak te komen, wordt beïnvloed door de wijze waarop het Openbaar Ministerie en de verdediging zich hebben opgesteld. In paragraaf 2.5 is besproken dat de Hoge Raad een ruimere mogelijkheid tot toetsing heeft als een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt is ingenomen. Bij het bespreken van de vrijheid van de feitenrechter wil ik eerst de situatie belichten waarin de vrijheid van de feitenrechter zo klein mogelijk is. Ik veronderstel daarom in de eerste plaats dat het Openbaar Ministerie en de verdediging het maximale hebben gedaan om belastende en ontlastende feiten en omstandigheden voor het voetlicht te brengen. Vervolgens bepaalt de feitenrechter zijn overtuiging op basis van de waardering van dit materiaal. In de tweede plaats veronderstel ik dat de Hoge Raad alle voor het voetlicht gebrachte feiten en omstandigheden – zowel belastend als ontlastend – in zijn toetsing kan betrekken. Het gaat daarbij uiteraard alleen om feiten en omstandigheden die aan de overtuiging of het gebrek daaraan ten grondslag mogen worden gelegd (geoorloofd bewijsmateriaal).<sup>86</sup> Het spreekt voor zich dat deze situatie zich niet snel in de werkelijkheid zal voordoen. Het schetsen van dit ideaaltypische uitgangspunt heeft slechts als doel om het effect van marginale toetsing geïsoleerd te kunnen

---

<sup>85</sup> Noot Buruma onder HR 19 februari 2008, NJ 2008, 423.

<sup>86</sup> Zie paragraaf 2.3.

bespreken. In de volgende twee paragrafen zal ik andere factoren die bijdragen aan de vrijheid van de feitenrechter bij de bespreking betrekken.

Laten we ons voorstellen dat de feiten en omstandigheden van een groot aantal ernstige verkeerszaken geordend worden op een continuüm waarop de bewijskracht is afgebeeld. Des te verder naar rechts wordt opgeschoven, des te groter is de bewijskracht ten aanzien van opzet op de dood. Als een bepaalde zaak uiterst rechts op het continuüm wordt gelokaliseerd, dan houdt dat in dat het op basis van alle bekende belastende en ontlastende feiten en omstandigheden zeer waarschijnlijk moet worden geacht dat sprake is geweest van opzet op de dood. Dat doet zich bijvoorbeeld voor als een man zes keer over zijn ex-vrouw heenrijdt, waarbij hij na afloop verklaart daarbij de bedoeling gehad te hebben haar te doden. Als een bepaalde zaak uiterst links op het continuüm wordt gelokaliseerd, dan betekent het dat de aanwezigheid van opzet zeer onwaarschijnlijk moet worden geacht. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een vrachtautochauffeur die een zich in zijn dode hoek bevindende fietser aanrijdt.

Het zojuist beschreven continuüm kan in verband worden gebracht met de marginale controle die de Hoge Raad uitoefent ten aanzien van het feitelijk domein. Daarbij veronderstel ik voorlopig, zoals gezegd, dat de Hoge Raad al het bekende en geoorloofde bewijsmateriaal in zijn toetsing kan betrekken. Het is mogelijk om twee begripelijkheidstoetsen te relateren aan het bewijskrachtcontinuüm:

1. Hoe begripelijk is het – uitgaande van een juist opzetbegrip – de overtuiging te bekomen dat sprake is van opzet op de dood?
2. Hoe begripelijk is het – uitgaande van een juist opzetbegrip – *niet* de overtuiging te bekomen dat sprake is van opzet op de dood?

De twee begripelijkheidstoetsen vormen spiegelbeelden van elkaar. Des te begripelijker de overtuiging ten aanzien van opzet is, des te onbegripelijker is het gebrek aan overtuiging (en vice versa). In figuur 2.1 zijn de twee begripelijkheidstoetsen respectievelijk boven en onder het bewijskrachtcontinuüm geplaatst.



Lage begrijpelijkheid bv	-----	+++++	Hoge begrijpelijkheid bv
Kleine bewijskracht	-----	+++++	Grote bewijskracht
Hoge begrijpelijkheid vs	+++++	-----	Lage begrijpelijkheid vs

**Figuur 2.1** Begrijpelijkheid van bewezenverklaringen (bv) en vrijspraken (vs)

De bovenste begrijpelijkheidstoets heeft betrekking op de begrijpelijkheid van een *bewezenverklaring* (bv), gegeven een bepaalde bewijskracht en een juiste interpretatie van opzet. De onderste begrijpelijkheidstoets heeft betrekking op de begrijpelijkheid van een *vrijspraak* (vs), gegeven een bepaalde bewijskracht en een juiste interpretatie van opzet. Het minteken verwijst naar ‘cassatie’; het plusteken verwijst naar ‘geen cassatie’. In het laatste geval is sprake van een ‘cassatiebestendige uitspraak’. Het is nu mogelijk onderscheid te maken tussen drie typen zaken die zich bevinden op het bewijskrachtcontinuüm.

1. Linkerzijde (kleine bewijskracht): een bewezenverklaring is onbegrijpelijk (cassatie); een vrijspraak is niet onbegrijpelijk (geen cassatie).

Het bovengegeven voorbeeld van de vrachtautochauffeur die een zich in zijn dode hoek bevindende fietser aanrijdt, valt in deze categorie. Het is uiteraard niet onbegrijpelijk tot een vrijspraak van opzet op de dood te komen. Een veroordeling zal echter onbegrijpelijk worden geacht. Op basis van de geschetste feiten en omstandigheden kan de feitenrechter niet in redelijkheid de overtuiging bekomen dat sprake is van opzet op de dood.

2. Rechterzijde (grote bewijskracht): een bewezenverklaring is niet onbegrijpelijk (geen cassatie); een vrijspraak is onbegrijpelijk (cassatie).

Het voorbeeld van de man die zes keer over zijn ex-vrouw heenrijdt, valt in deze categorie. Een bewezenverklaring is niet onbegrijpelijk, doch een vrijspraak zal onbegrijpelijk worden geacht. In paragraaf 2.5 is geopperd dat de Hoge Raad vrijspraken minder snel onbegrijpelijk zal achten dan veroordelingen. Het door minnen aangeduide gebied waarin cassatie plaatsvindt, is bij vrijspraken daarom kleiner dan bij bewezenverklaringen. Dat neemt niet weg dat er een klein gebied is waarin de feitenrechter niet in redelijkheid *niet* de overtuiging had kunnen bekomen dat sprake was van opzet op de dood. De feiten en omstandigheden laten het dan niet toe de vrijspraak op niet-onbegrijpelijke wijze te motiveren.<sup>87</sup>

<sup>87</sup> Een andere vraag is of de feitenrechter waarnaar de zaak na cassatie teruggewezen of verwezen wordt tot een bewezenverklaring moet komen als hij evenmin overtuigd is en niet in staat is een betere motivering te geven voor zijn gebrek aan overtuiging. In paragraaf 2.3 heb ik betoogd dat dat niet het geval is. In de praktijk laat het zich overigens nauwelijks denken dat een vrijspraak die dermate onbegrijpelijk is dat de Hoge

2. Ongelijkheid, onjuistheid en cassatiebestendigheid van feitelijke uitspraken
3. Tussenliggend gebied (kleine noch grote bewijskracht): een bewezenverklaring is niet onbegrijpelijk (geen cassatie); een vrijspraak is niet onbegrijpelijk (geen cassatie).

De derde categorie is van bijzonder belang voor de in dit boek besproken thematiek. Deze categorie heeft betrekking op zaken waarbij zowel een bewezenverklaring als een vrijspraak gerechtvaardigd is vanuit cassatieperspectief. Ik duid het gebied waarin beide uitspraken vallen te rechtvaardigen aan met de term ‘cassatievrije zone’. De cassatievrije zone wordt gevormd door de overlap die bestaat tussen de met plussen aangeduide cassatiebestendige bewezenverklaringen (bovenste schaal) en de met plussen aangeduide cassatiebestendige vrijspraken (onderste schaal).

Benadrukt dient te worden dat de cassatievrije zone een theoretisch concept is. De feiten en omstandigheden van een bepaalde zaak vallen in de cassatievrije zone als de feitenrechter zowel tot een cassatiebestendige veroordeling als vrijspraak *zou kunnen* komen. De term ‘cassatiebestendigheid’ moet hier zo begrepen worden dat de Hoge Raad niet tot cassatie zou overgaan op basis van welk op het opzet toegesneden cassatiemiddel dan ook. In de cassatiepraktijk geldt uiteraard dat de Hoge Raad niet gehouden is ambtshalve tot cassatie over te gaan. De Hoge Raad gaat uiterst terughoudend om met zijn bevoegdheid tot ambtshalve cassatie. Daarnaast moet gewezen worden op de selectie aan de poort op basis van art. 80a RO. Het concept ‘cassatiebestendigheid’ staat los van deze praktische kwesties. Het concept heeft betrekking op de hypothetische vraag of cassatie zou hebben plaatsgevonden indien een tot toetsing uitnodigend cassatiemiddel was ingediend. De bekende feiten en omstandigheden van een zaak vallen in de cassatievrije zone als de feitenrechter zowel een bewezenverklaring als een vrijspraak op cassatiebestendige wijze kan motiveren.

### 2.6.3 Beperkte toetsing

In de vorige paragraaf heb ik getracht een van de beperkingen van het door de Hoge Raad gehanteerde toetsingskader – de marginale toetsing van feiten – te isoleren. Dat is geschied door er arguendo van uit te gaan dat de Hoge Raad al het bekende en geoorloofde bewijsmateriaal in zijn toetsing kan betrekken. In dat geval is er een gebied waarin zowel een bewezenverklaring als een vrijspraak niet onbegrijpelijk zou worden geacht.

Dit gedachte-experiment laat zien dat de marginale toetsing een belangrijke bijdrage levert aan de aan de feitenrechter toekomende vrijheid. Zelfs als de Hoge Raad al het bekende en geoorloofde bewijsmateriaal in zijn toetsing betreft, heeft de feitenrechter nog een behoorlijke beoordelingsvrijheid. In de

---

Raad tot cassatie overgaat, teruggewezen of verwezen wordt naar een feitenrechter die niet de overtuiging bekomt.

praktijk zal de aan de feitenrechter toekomende vrijheid echter groter zijn dan de hier geschetste situatie van minimale vrijheid.

In de eerste plaats geldt dat zelfs het maximaal benutten van de mogelijkheden die het uitdrukkelijk onderbouwd standpunt biedt er nog niet toe hoeft te leiden dat de Hoge Raad al het bekende en geoorloofde bewijsmateriaal in zijn toetsing betreft. De Hoge Raad zal zijn toetsing primair toespitsen op het standpunt in kwestie. Dat zal in de regel betrekking hebben op een specifieke redenering of een specifiek stuk bewijs.<sup>88</sup> De tweede oorzaak van de grotere vrijheid in de praktijk is gelegen in het feit dat de mogelijkheden die het uitdrukkelijk onderbouwd standpunt biedt lang niet altijd ten volle worden benut door de verdediging en het Openbaar Ministerie. Daarbij komt dat de feitenrechter ook nog een behoorlijke vrijheid heeft om standpunten al dan niet op te vatten als een tot motivering nopens standpunt.<sup>89</sup> Alleen als het aangevoerde bezwaarlijk anders kan worden verstaan dan als behelzende een standpunt dat duidelijk, door argumenten geschraagd en voorzien van een ondubbelzinnige conclusie naar voren is gebracht, dient de feitenrechter zich toetsbaar op te stellen.<sup>90</sup> Al met al kan geconcludeerd worden dat de toetsingsmaatstaf die boven als uitgangspunt is genomen – hoe begrijpelijk is het al dan niet de overtuiging te bekomen op basis van al het bewijsmateriaal dat de feitenrechter in zijn beoordeling mag betrekken – in de praktijk niet benaderd zal worden.

Ik bespreek de grotere vrijheid ten opzichte van de situatie van minimale vrijheid voor het geval dat de rechter tot een bewezenverklaring komt.<sup>91</sup> Laten we er daarbij van uitgaan dat geen sprake is van een uitdrukkelijk onder-

---

<sup>88</sup> Keulen wijst in zijn noot onder HR 22 april 2014, NJ 2015, 60 op een ruime en een beperkte benadering van het uitdrukkelijk onderbouwd standpunt. In de *ruime benadering* – verdedigd door Advocaat-Generaal Knigge in zijn conclusie bij HR 11 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9130 – wordt de eindconclusie van het betoog – bijvoorbeeld: er dient vrijspraak te volgen – gezien als het standpunt dat centraal staat bij de motivering. Deze benadering heeft tot gevolg dat de vraag is of de bewijsmotivering in haar geheel, bezien in het licht van de ter terechtzitting door de verdachte en de officier van justitie ingenomen en beargumenteerde standpunten, begrijpelijk en toereikend is. In de *beperkte benadering* – die door de Hoge Raad wordt gevolgd – wordt de specifieke grondslag van de eindconclusie – bijvoorbeeld: het bewijsmiddel is onbetrouwbaar – gezien als het standpunt dat tot motivering noopt. In de beperkte benadering wordt geen – of minder – acht geslagen op de bewijsconstructie in zijn totaliteit. In zijn conclusie bij het door Keulen geannoteerde arrest laat Advocaat-Generaal Knigge zijn uitgebreide, op de gehele bewijsconstructie ziende bespreking voorafgaan door de vraag of onder omstandigheden van de rechter verlangd moet worden dat hij in zijn motivering duidelijk maakt dat in redelijkheid niet aan de schuld van de verdachte kan worden getwijfeld (zie punt 4 en 7.2). Deze vraag komt dicht in de buurt van de begrijpelijkheidstoets die ik in paragraaf 2.6.2 als uitgangspunt heb genomen.

<sup>89</sup> Vgl. Van Dorst 2015, 'Cassatie in strafzaken', p. 225-228.

<sup>90</sup> Zie bijv. HR 9 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2184.

<sup>91</sup> In paragraaf 2.5 kwam naar voren dat de feitenrechter bij vrijspraken zelfs al nauwelijks in zijn vrijheid wordt beperkt indien sprake is van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt.

bouwd standpunt dat noopt tot motivering. In dat geval hoeft de rechter alleen te voldoen aan de 'gewone' motiveringsverplichtingen die zijn neergelegd in art. 359 lid 2 en 3 Sv. Dat betekent dat de motivering van de bewezenverklaring in elk geval moet bestaan uit de weergave in de uitspraak van die onderdelen van de bewijsmiddelen die de rechter redengevend acht voor de bewezenverklaring.<sup>92</sup> Daarnaast zal in het geval van (poging tot) doodslag in het verkeer in de regel een nadere bewijsoverweging worden gewijd aan het opzet.

Het is gemakkelijk in te zien dat de toetsingsmogelijkheden van de Hoge Raad nu nog verder zijn beperkt. De vraag of de feitenrechter de overtuiging heeft kunnen bekomen, wordt beoordeeld aan de hand van de belastende feiten en omstandigheden die de feitenrechter aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd. Het betreft een marginale toetsing van een selectieve argumentatie. Het valt te verwachten dat de cassatievrije zone in deze situatie van maximale vrijheid nog verder zal vergroten. Een bewezenverklaring die op basis van alle bekende belastende en ontlastende feiten en omstandigheden onbegrijpelijk zou worden geacht, zou wel eens niet onbegrijpelijk kunnen zijn als alleen acht wordt geslagen op feiten en omstandigheden die passen bij een bewezenverklaring. De Hoge Raad kijkt als het ware met een half oog naar het beste beentje dat de feitenrechter heeft voorgezet.

Het verdient opmerking dat het object van de toetsing (welke gegevens worden betrokken bij de toetsing?) van belang is voor de aard van de toetsing (hoe marginaal wordt getoetst?). Het feit dat de Hoge Raad zijn oordeel moet baseren op minder gegevens dan die de feitenrechter aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, noopt enerzijds tot bescheidenheid. Er dient immers rekening mee te worden gehouden dat de overtuiging of het gebrek daaraan deels is gestoeld op geoorloofde, doch voor de Hoge Raad niet-kenbare gegevens. Dat levert een argument op voor marginale toetsing. Anderzijds geldt dat in het geval van een bewezenverklaring de nadruk sterk ligt op feiten en omstandigheden die belastend zijn voor de verdachte. Als het op basis van de door de feitenrechter geselecteerde redengevende feiten en omstandigheden niet direct overtuigend is dat een bewezenverklaring dient te volgen, dan valt te verwachten dat een bewezenverklaring nog minder overtuigend zou zijn als ook acht geslagen werd op ontlastende feiten en omstandigheden. Dat levert een argument op voor een minder marginale toetsing.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Zie HR 11 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5354.

<sup>93</sup> Paragraaf 8.2.3 bevat een pleidooi voor het (door wetenschappers) rechtstreeks toetsen van feitenrechtspraak aan het in dubio pro reo-beginsel.

#### 2.6.4 De invloed van de feitenrechter op de voor de Hoge Raad kenbare feiten en omstandigheden

De aan de feitenrechter toekomende vrijheid is in de praktijk groter dan wat vastgesteld kan worden op basis van de voor iedereen kenbare gepubliceerde uitspraken en het voor de Hoge Raad kenbare procesdossier en proces-verbaal van de terechtzitting. In het bovenstaande kan de indruk gewekt zijn dat het geoorloofde bewijsmateriaal waarop de feitenrechter zijn oordeel moet baseren geheel onafhankelijk is van het doen en laten van de feitenrechter. Dat beeld doet uiteraard geen recht aan de werkelijkheid. De rechter is geen passieve informatieverwerker, zoals een jury die uitsluitend oordeelt op basis van de door de rechter toegelaten gegevens. De rechter in het Nederlandse systeem heeft op allerlei manieren invloed op het bewijsmateriaal dat hij aan zijn oordeel ten grondslag legt. Roept de rechter ambtshalve een nog niet gehoorde getuige op om zich een oordeel te kunnen vormen over eventuele alternatieve scenario's?<sup>94</sup> Roept de rechter ambtshalve een reeds in het vooronderzoek gehoorde getuige op om zich een beter oordeel te kunnen vormen omtrent diens betrouwbaarheid? Besluit de rechter dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal niet mag bijdragen aan het bewijs of kiest hij voor een andere sanctie? Schakelt de rechter ambtshalve een deskundige in om meer duidelijkheid te verkrijgen over de toedracht van het verkeersongeval?<sup>95</sup> Ook de wijze waarop de verdachte op de zitting ondervraagd wordt, kan een rol spelen. Zo kan de rechter bijvoorbeeld actief op zoek gaan naar informatie die ten grondslag gelegd kan worden aan een bewezenverklaring van opzet.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Deze ambtshalve bevoegdheid wordt aan de feitenrechter toegekend door art. 315 lid 1 Sv. Daarnaast kan de voorzitter voorafgaand aan de terechtzitting ambtshalve aan de officier van justitie bevelen om getuigen te doen oproepen (art. 263 lid 4 Sv). Ten slotte kan gewezen worden op de hervatting van het onderzoek wegens onvolledigheid (art. 346 Sv).

<sup>95</sup> Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het laten uitlezen van de elektronische regelenheid van het antiblokkeersysteem om de gereden snelheid nauwkeuriger vast te stellen dan mogelijk is op basis van getuigenverklaringen. Zie art. 315 lid 3 Sv, art. 263 lid 4 Sv en art. 346 lid 2 Sv voor de ambtshalve bevoegdheden in verband met deskundigen.

<sup>96</sup> Zie bijv. de in paragraaf 6.7 te bespreken zaak 6a: Hof Arnhem 17 december 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AF2052. Het opzet van de verdachte wordt in belangrijke mate gebaseerd op zijn ter zitting afgelegde verklaring dat "het hem bekend is dat in verband met de snelheid en de massa van een motorvoertuig alsmede de kracht van de klap tegen zijn voertuig en de daarna geconstateerde schade, uit deze aanrijding ernstig letsel kon voortvloeien voor de bij de aanrijding betrokken personen." Het heeft er alle schijn van dat deze verklaring terug te voeren valt op een sturende vraagstelling. Mocht dat zo zijn, dan heeft het Hof informatie gegenereerd die niet ten grondslag is gelegd aan de vrijspraak van de rechtbank (zie rechtbank Zwolle 25 juni 2002, ECLI:NL:RBZWO:2002:AE4570). Hoewel getwist kan worden over de redengevendheid van latente kennis voor het opzet (zie paragraaf 5.2.4), illustreert deze zaak dat de rechter door de vraagstelling invloed heeft op zijn eigen beoordelingsgrondslag.

De feitenrechter heeft een grote mate van cassatiebestendige vrijheid om de grondslag van zijn oordeel vorm te geven.<sup>97</sup> Veel zal daarbij afhangen van de vraag hoe ver de rechter wil gaan om de materiële waarheid boven tafel te krijgen.<sup>98</sup> Spreekt hij bijvoorbeeld vrij als het dossier onvoldoende bewijs bevat voor het (primair) ten laste gelegde feit of tracht hij de onderste steen boven te krijgen, met als mogelijk gevolg dat de zaak moet worden aangehouden?<sup>99</sup> Het onttrekt zich goeddeels aan mijn waarneming – en hetzelfde geldt voor de waarneming van de cassatierechter – in hoeverre de kenbare feiten en omstandigheden anders zouden zijn geweest als de feitenrechter zich anders had opgesteld. Dat laat onverlet dat de vrijheid van de feitenrechter om de grondslag van zijn oordeel vorm te geven, meebrengt dat zaken die op een (volstrekt) verschillende plaats op het bewijskrachtcontinuüm staan, veel dichterbij elkaar hadden kunnen staan als uitgebreider onderzoek had plaatsgevonden.<sup>100</sup> Dat wijst op verborgen rechtsongelijkheid. Een zeer goed te begrijpen vrijspraak zou wel eens onbegrijpelijk kunnen zijn in het licht van feiten en omstandigheden die voortgevloeid zouden zijn uit een uitgebreider onderzoek.

---

<sup>97</sup> Dat geldt in het bijzonder met betrekking tot het al dan niet aanwenden van de vele ambtshalve bevoegdheden die de feitenrechter heeft. Vgl. Vellinga 2015, 'Ambtshalve onderzoeken en beslissen in strafzaken', p. 26-30. Daarnaast kan gewezen worden op het feit dat de Hoge Raad de begrijpelijkheid van de beslissing van de feitenrechter ten aanzien van het al dan niet oproepen dan wel horen van getuigen slechts in beperkte mate wenst te toetsen. Zie HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2468 en HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1219.

<sup>98</sup> Ik ga er impliciet van uit dat de feitenrechter op zoek dient te gaan naar de materiële waarheid in de context van de tenlastelegging. Otte 2015, 'Het proces: strafrecht in de praktijk', p. 103 betoogt dat het in het strafproces om een processuele waarheid gaat: "Het gaat in het strafproces niet zozeer om het vinden van de materiële waarheid, maar om de procedurele of de afgesproken waarheid." In deze benadering is vooral van belang of "er voldoende gelegenheid geweest [is] om belastend en ontlastend bewijs naar voren te brengen en dat ten overstaan van de rechter te betwisten". Ottes benadering staat haaks op het door mij als vanzelfsprekend geachte uitgangspunt dat de materiële waarheidsvinding centraal zou moeten staan in het strafgeding. Vgl. Vellinga 2015, 'Ambtshalve onderzoeken en beslissen in strafzaken', p. 32-33.

<sup>99</sup> Het is niet uitgesloten dat de opbouw van de tenlastelegging een rol speelt bij de afweging of de onderste steen boven moet komen. Bij een zaak waarin primair doodslag en subsidiair dood door schuld in het verkeer (al dan niet in samenhang met strafverzwarende omstandigheden) ten laste is gelegd, hoeft het qua strafoplegging niet zo veel uit te maken of voor het primair of voor het subsidiair ten laste gelegde wordt veroordeeld. Dat is anders als het in verband met zonder gevolgen gebleven gevaarlijk verkeersgedrag gaat om pging tot doodslag (maximaal tien jaar vrijheidsstraf) dan wel het veroorzaken van gevaar op de weg (maximaal twee maand vrijheidsstraf). Het is voorstelbaar dat de rechter zich bij de laatstgenoemde opbouw van de tenlastelegging – ceteris paribus – meer moeite zou willen getroosten om bewijsmateriaal boven tafel te krijgen dat uitsluitel geeft over de vraag of sprake is van opzet. Vgl. Vellinga 2015, 'Ambtshalve onderzoeken en beslissen in strafzaken', p. 39. Hij wijst erop dat de extra inspanning die is gemoeid met het ophelderen van de materiële waarheid in redelijke verhouding moet staan met door de strafrechtstoepassing na te streven doelen.

<sup>100</sup> Het omgekeerde kan zich uiteraard ook voordoen.

## 2.6.5 Besluit

Deze paragraaf stond in het teken van de vraag welke vrijheid de feitenrechter heeft om tot een veroordeling dan wel een vrijspraak te komen in zaken waarin (poging tot) doodslag in het verkeer ten laste is gelegd. Ik heb drie factoren besproken die een bijdrage leveren aan de vrijheid van de feitenrechter. De vrijheid begint bij de macht die de feitenrechter heeft om de grondslag van zijn eigen oordeel vorm te geven. Deze macht zal zich in de praktijk vooral in negatieve zin manifesteren door het niet uitoefenen van bevoegdheden die wel uitgeoefend hadden kunnen worden. De keuzes die al dan niet door de feitenrechter zijn gemaakt, zijn uiteindelijk doorslaggevend voor de feiten en omstandigheden die voor de Hoge Raad kenbaar zijn. De tweede factor die een bijdrage levert aan de vrijheid van de feitenrechter is de beperkte toetsing door de Hoge Raad. De Hoge Raad zal – afhankelijk van de wijze waarop het Openbaar Ministerie en de verdediging zich hebben opgesteld – zijn oordeel moeten baseren op een door de feitenrechter uitgevoerde selectie van feiten en omstandigheden. In het geval van een bewezenverklaring is die selectie vertekend in de richting van feiten en omstandigheden die redengevend zijn voor de bewezenverklaring. De laatste factor die een bijdrage levert aan de vrijheid van de feitenrechter is gelegen in de marginale toetsing van feitelijke oordelen. De Hoge Raad zal alleen ingrijpen als de beslissing (volstrekt) onbegrijpelijk moet worden geacht.

Het is de vraag hoe de beperkte toetsingsmogelijkheden van de Hoge Raad uitpakken in de context van (poging tot) doodslag in het verkeer. Het is mijn indruk dat de cassatievrije zone in deze context tamelijk groot is. Er is een aanzienlijke bandbreedte van feiten en omstandigheden waarbij de feitenrechter vrij is tot een vrijspraak dan wel een bewezenverklaring te besluiten. In hoofdstuk 6 komt naar voren dat vrijwel alle veroordelingen die na het Porsche-arrest aan de Hoge Raad zijn voorgelegd, in stand zijn gelaten. Dat de Hoge Raad een vrijspraak in de context van (poging tot) doodslag in het verkeer niet snel onbegrijpelijk zou achten, hoeft geen betoog.

Het is van belang erop te wijzen dat het enkele feit dat cassatie heeft plaatsgevonden niet meebrengt dat de feiten en omstandigheden van de zaak in kwestie buiten de cassatievrije zone vallen. Het Porsche-arrest kan in dat verband als illustratie dienen.<sup>101</sup> De Hoge Raad overwoog dat de rechter in zijn oordeel dient te betrekken dat het niet waarschijnlijk is dat de verdachte de aanmerkelijke kans op zijn eigen dood eveneens op de koop toeneemt. De Hoge Raad casseerde, omdat de bewezenverklaring van opzet op de dood

---

<sup>101</sup> HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199. Zie ook HR 20 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV8241 en HR 23 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG4265. De Hoge Raad casseerde in beide verkeerszaken op een motiveringsgebrek ten aanzien van het opzet. Later volgde in beide gevallen alsnog een veroordeling door het Hof, die standhield in cassatie (HR 28 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9804 respectievelijk HR 14 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8774).

nadere motivering behoefde. Het Hof Arnhem kwam uiteindelijk tot de conclusie dat “het die nadere motivering niet kan geven.”<sup>102</sup> Deze formulering wekt de indruk alsof het Hof zich gedwongen voelde vrij te spreken tegen zijn eigen overtuiging in. De vraag of de feiten en omstandigheden van de Porsche-zaak in 1997 reeds tot een cassatiebestendige veroordeling hadden kunnen leiden, laat zich moeilijk beantwoorden.<sup>103</sup> Tegen de achtergrond van de na het Porsche-arrest gewezen jurisprudentie van de Hoge Raad durf ik de stelling wel aan dat de feiten en omstandigheden van de Porschezaak in elk geval op dit moment tot een cassatiebestendige veroordeling zouden kunnen leiden. Inmiddels is duidelijk geworden dat gemakkelijker valt te voldoen aan de uit het Porsche-arrest voortvloeiende motiveringsverplichting dan toen wellicht werd gedacht. Daarbij kan in het bijzonder gewezen worden op HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6631, NJ 2009, 111. Uit dit arrest zou afgeleid kunnen worden dat het vooral van belang is dat de feitenrechter de door de Hoge Raad in het Porsche-arrest geformuleerde ervaringsregel onder ogen ziet bij zijn oordeelsvorming.<sup>104</sup> Zolang de feitenrechter maar laat blijken dat de ervaringsregel is betrokken bij zijn oordeelsvorming, kan hij wel degelijk cassatiebestendig tot een bewezenverklaring van opzet komen. Het enkele feit dat er aanwijzingen zijn dat de verdachte zijn eigen leven niet wilde verliezen, zoals een (laat) ingezette remmanoeuvre, doet daar niet aan af. Alles overziend meen ik daarom dat de feiten en omstandigheden van de Porschezaak nu wel degelijk tot een cassatiebestendige veroordeling zouden kunnen leiden. Dat een vrijspraak in een dergelijke zaak eveneens cassatiebestendig is, hoeft uiteraard geen betoog.<sup>105</sup>

Het enkele feit dat de Hoge Raad in een bepaalde zaak niet tot cassatie is overgegaan, brengt niet noodzakelijkerwijs mee dat de feiten en omstandigheden van de zaak in kwestie binnen de cassatievrije zone vallen. In de eerste plaats geldt dat de Hoge Raad uiterst terughoudend omgaat met zijn bevoegdheid tot ambtshalve cassatie.<sup>106</sup> Het kan zich daarom voordoen dat wel cassatie zou hebben plaatsgevonden indien een adequaat, op het opzet toegesneden cassatiemiddel was ingediend. Dat betekent dat de feiten en omstandigheden van de zaak die stand heeft gehouden in cassatie toch buiten de cassatievrije zone vallen. In de tweede plaats moet worden gewezen op de selectie aan de poort op basis van art. 80a RO. In gevallen waarin het belang bij het cassatie-

<sup>102</sup> Hof Arnhem 10 maart 1997, VR 1997, 161.

<sup>103</sup> Ik neig ernaar die vraag positief te beantwoorden. Otte 2001, ‘Opzet en schuld in het verkeer’, p. 1-12 geeft argumenten die ten grondslag gelegd hadden kunnen worden aan een motivering van een veroordeling.

<sup>104</sup> Dit arrest wordt besproken in paragraaf 6.5.3.

<sup>105</sup> Het arrest van het Hof Arnhem is in stand gelaten door de Hoge Raad. De vrijspraak is bij dit door de verdachte ingestelde beroep echter niet in de beoordeling betrokken. Zie HR 9 juni 1998, nr. 107.864 (niet gepubliceerd).

<sup>106</sup> Vgl. Vellinga 2015, ‘Ambtshalve onderzoeken en beslissen in strafzaken’, p. 105-138 en Van Dorst 2015, ‘Cassatie in strafzaken’, p. 111-120. Zie ook HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0129, HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3685 en HR 7 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1005, waarin de terughoudende benadering van de Hoge Raad – mede in het licht van art. 80a RO – naar voren komt.



beroep niet evident is, is het aan de raadsman dan wel het Openbaar Ministerie om het rechtens te respecteren belang aannemelijk te maken.<sup>107</sup> Het kan zich daarom voordoen dat wel cassatie op basis van een op het opzet toegepast cassatiemiddel zou hebben plaatsgevonden indien dat belang beter voor het voetlicht was gebracht. Dat betekent dat de feiten en omstandigheden van de via art. 80a RO afgedane zaak toch buiten de cassatievrije zone vallen.

Het concept ‘cassatievrije zone’ is vanzelfsprekend ook toepasbaar buiten het domein van (poging tot) doodslag in het verkeer. De grootte van de cassatievrije zone kan van onderwerp tot onderwerp variëren. Als onduidelijkheid bestaat over de uitleg van een begrip en als gemakkelijk anders gedacht kan worden over de vraag of bepaalde feiten en omstandigheden onder het begrip moeten worden geschaard, dan zal de feitenrechter over het algemeen een aanzienlijke vrijheid hebben om tot een bewezenverklaring dan wel een vrijspraak te komen. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het bestanddeel ‘ontuchtige handelingen’ in de context van seks tussen adolescenten (art. 245 Sr).<sup>108</sup> Ook in dat geval rust de verantwoordelijkheid voor de juiste toepassing van het strafrecht in belangrijke mate op de schouders van de feitenrechter.

## 2.7 Oorzaken van rechtsongelijkheid

### 2.7.1 Inleiding

In paragraaf 2.2 heb ik mijn indruk beschreven dat grote verschillen bestaan in de wijze waarop vergelijkbare zaken in de context van (poging tot) doodslag in het verkeer worden afgedaan door verschillende feitenrechters. Een en dezelfde zaak kan – afhankelijk van welke feitenrechter de zaak behandelt – net zo goed leiden tot een veroordeling als tot een vrijspraak. In de daaropvolgende paragrafen zijn de taak van de feitenrechter en de taak van de Hoge Raad onder de loep genomen. Vervolgens is een verklaring opgeworpen voor het feit dat de verschillen tussen de oordelen van feitenrechters grotendeels buiten het toetsingsbereik van de Hoge Raad vallen. In de onderhavige paragraaf probeer ik een verklaring te bieden voor de gesignaleerde rechtsongelijkheid. Hoe komt het dat verschillende feitenrechters er zulke verschillende oordelen op nahouden?

---

<sup>107</sup> Zie bijv. HR 7 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1005. Dat zou kunnen geschieden door aannemelijk te maken dat een hernieuwde behandeling van de zaak vermoedelijk tot een andere uitkomst zal leiden (zie rechtsoverweging 2.5.3 van het aangehaalde arrest).

<sup>108</sup> Zie over de uiteenlopende opvattingen van feitenrechters met betrekking tot ontucht: Lindenberg 2016, ‘Structuren en bijzonderheden in de zedenwetgeving’, p. 45-56. Het verdient opmerking dat het bestaan van een relatief grote cassatievrije zone zich alleen laat constateren bij thema’s waarbij veel rechtspraak bestaat over feiten en omstandigheden die zich goed met elkaar laten vergelijken.

Geconstateerd kan worden dat uitspraken van feitenrechters over het algemeen weinig inzicht geven in de dieperliggende gronden van de uitspraak in kwestie. Bij vrijspraken wordt in de regel volstaan met de overweging dat het ten laste gelegde feit niet wettig en overtuigend bewezen wordt geacht. Hoewel bewezenverklaringen op een uitgebreidere motivering kunnen rekenen, wordt in de regel weinig duidelijkheid geboden. Uit de uitspraak blijkt vaak niet veel meer dan dat voorwaardelijk opzet wordt afgeleid uit de in de bewijsmiddelen besloten liggende feiten en omstandigheden. Het feit dat zowel vrijspraken als bewezenverklaringen weinig inzicht geven in de dieperliggende gronden brengt mee dat de in deze paragraaf opgeworpen verklaringen noodzakelijkerwijs speculatief zijn.

In deze paragraaf zal ik drie oorzaken bespreken die mogelijk ten grondslag liggen aan de gesignaleerde verschillen. De eerste hypothese is dat feitenrechters er een verschillende interpretatie van het begrip voorwaardelijk opzet op nahouden (paragraaf 2.7.2). De tweede hypothese houdt in dat feitenrechters de validiteit van bewijsrechtelijke inferentieregels verschillend beoordelen (paragraaf 2.7.3). De derde hypothese is dat feitenrechters bij een verschillende overtuigingsgraad overgaan tot een bewezenverklaring (paragraaf 2.7.4).

Voor ik aan de bespreking van de drie hypothesen toekom, wijs ik eerst op twee complicaties. De eerste complicatie is dat de verschillende oorzaken naast elkaar kunnen optreden en met elkaar kunnen interfereren. In de zo dadelijk volgende bespreking zal ik de hypothesen echter zo veel mogelijk apart bespreken. Een tweede complicatie is dat zaken waarin (poging tot) doodslag ten laste is gelegd door de meervoudige kamer zullen worden behandeld. Het is goed denkbaar dat de diverse rechters binnen een kamer onderlinge verschillen vertonen met betrekking tot de te bespreken verklarende factoren. In de onderstaande bespreking betrek ik de hypothesen gemakshalve op de alleensprekende rechter. In paragraaf 2.7.5 besteed ik kort aandacht aan de zojuist opgeworpen complicaties.

## **2.7.2 Verschillende interpretaties van opzet<sup>109</sup>**

De eerste mogelijke oorzaak van de gesignaleerde rechtsongelijkheid is dat feitenrechters er een verschillende interpretatie van opzet op nahouden. Uit hoofdstuk 3, 4, 5 en 7 kan blijken dat het verre van duidelijk is hoe opzet volgens de Hoge Raad moet worden geïnterpreteerd. Ook in de doctrine bestaat geen overeenstemming ten aanzien van de interpretatie van opzet. Tegen deze achtergrond is het goed denkbaar dat feitenrechters uitgaan van diverse, behoorlijk van elkaar verschillende interpretaties van opzet. Zo zou een bepaalde feitenrechter kunnen menen dat opzet een psychisch begrip is, waarbij het

---

<sup>109</sup> Zie ook paragraaf 8.6.3.5, waarin ik mijn oordeel dat in bepaalde zaken sprake is van een ongegronde bewezenverklaring afzet tegen het oordeel van de feitenrechters die in de betreffende zaken tot een bewezenverklaring zijn gekomen.

gevolg met een behoorlijk hoge mate van waarschijnlijkheid door de actor moet worden voorzien.<sup>110</sup> Een dergelijke opvatting zou gemakkelijk in een vrijpraak kunnen resulteren in de ernstige verkeerszaken die centraal staan in dit boek. Een andere feitenrechter zou daarentegen van mening kunnen zijn dat opzet een normatief (niet-psychisch) begrip is. In deze benadering kan een hoge mate van verwijtbaarheid, zonder dat de actor beschikt heeft over een psychische gesteldheid, worden vertaald in strafrechtelijk opzet.<sup>111</sup> Het spreekt voor zich dat een dergelijke opvatting gemakkelijker leidt tot een bewezenverklaring in een ernstige verkeerszaak.

Als feitenrechters inderdaad van een verschillend opzetbegrip uitgaan, dan brengt dat in mijn visie mee dat bepaalde feitenrechters een onjuist opzetbegrip voor ogen hebben. Het kan namelijk niet zo zijn dat er meerdere opzetbegrippen zijn die stuk voor stuk kunnen worden gezien als een juiste interpretatie van het opzet.<sup>112</sup> Als er inderdaad slechts één juiste interpretatie van opzet is, dan kan het niet anders of bepaalde feitenrechters gaan uit van een onjuiste interpretatie van opzet.<sup>113</sup> Op zichzelf beschouwd zou het hantieren van een onjuist opzetbegrip tot cassatie kunnen leiden. In de praktijk blijkt uit de door de feitenrechter gebezigde bewoordingen echter niet van welk opzetbegrip hij is uitgegaan. De feitenrechter bedient zich van geaccepteerde standaarduitdrukkingen om het opzet te omlijnen. Overwogen wordt bijvoorbeeld dat uit de genoemde bewijsmiddelen volgt dat de verdachte ten minste willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat hij door zijn rijgedrag de dood van het slachtoffer zou veroorzaken. Zolang de feitenrechter geen onjuiste terminologie gebruikt en zolang de uitkomst de begrijpelijkheidstoets met betrekking tot feitelijke kwesties kan doorstaan, valt het oordeel buiten het toetsingsbereik van de Hoge Raad. Dat betekent dat de ruimte die de Hoge Raad biedt voor feitelijke oordelen in de praktijk ook plaats kan bieden aan niet-geëxpliciteerde rechtsoordelen. In dat geval worden rechtsoordelen impliciet marginaal getoetst.

---

<sup>110</sup> Zie paragraaf 3.4.2 en 3.4.3 voor twee verschillende psychische opzettheorieën. Zie paragraaf 7.4 en 8.6.3.5.b over de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans'.

<sup>111</sup> Zie paragraaf 3.4.4 en 8.6.3.5.c over de normatieve opzettheorie. Zie voor een normatieve interpretatie met betrekking tot opzet in het verkeer: De Hullu 1997, 'Opzet en schuld in het verkeer' en Otte 2001, 'Opzet en schuld in het verkeer'.

<sup>112</sup> In paragraaf 2.8 ga ik nader in op deze kwestie.

<sup>113</sup> Het is overigens niet uit te sluiten dat (bijna) alle feitenrechters uitgaan van een onjuist opzetbegrip. In dat geval kan echter nog steeds gezegd worden dat sommige rechters een juist opzetbegrip voor ogen hebben dan andere rechters, namelijk een opzetbegrip dat dichter ligt bij het ideaaltypische juiste opzetbegrip.

### 2.7.3 Verschillende beoordelingen van bewijsrechtelijke inferentieregels<sup>114</sup>

De tweede te bespreken hypothese is dat feitenrechters de validiteit van bewijsrechtelijke inferentieregels verschillend beoordelen. Het spreekt voor zich dat de validiteit van inferentieregels samenhangt met de interpretatie van het recht. Als opzet wordt opgevat als een normatief (niet-psychisch) begrip, dan bestaat er een directe relatie met gedrag. Bepaalde gedragingen – bijvoorbeeld stomdronken met extreme snelheid rijden – zijn dan onder omstandigheden direct te beschouwen als opzet. Het doet daarbij niet ter zake of het gedrag gepaard is gegaan met een bepaalde geestesgesteldheid. Als opzet daarentegen wordt opgevat als een psychisch begrip, dan hebben gedragingen geen directe betekenis. De gedragingen kunnen hoogstens worden beschouwd als een indicatie voor een bepaalde psychische gesteldheid die opzet oplevert. Hieronder bespreek ik de bewijsrechtelijke inferentieregels tegen de achtergrond van een psychisch opzetbegrip.

Bij een psychisch opzetbegrip is het de vraag of de actor de aanmerkelijke kans op het gevolg bewust heeft aanvaard. De vraag of deze geestesgesteldheid aanwezig is geweest, moet in de regel getaxeerd worden aan de hand van het verkeersgedrag van de actor. De vraag is bijvoorbeeld in hoeverre het met onverminderde snelheid inrijden op een agent indicatief is voor voorwaardelijk opzet op de dood van de agent.<sup>115</sup> Sommige feitenrechters zullen een grote bewijskracht toedichten aan dergelijke gedragingen. Ze gaan ervan uit dat het zeer waarschijnlijk is dat een dergelijke gedraging gepaard gaat met opzet in strafrechtelijke zin. Andere feitenrechters zullen zich sceptischer betonen. Zij zullen – net als hun Duitse collega's plegen te doen – het waarschijnlijker achten dat de actor ervan uit is gegaan dat de agent wel opzij zou springen.<sup>116</sup> In dat geval wordt de overtuigingsdrempel van art. 338 Sv niet gehaald, omdat te veel twijfel bestaat over de aanwezigheid van opzet.

---

<sup>114</sup> Zie ook paragraaf 8.6.3.3, waarin meer voorbeelden van bewijsrechtelijke inferentieregels worden besproken.

<sup>115</sup> Zie paragraaf 6.4.4 en 8.3.

<sup>116</sup> Zie paragraaf 8.3.6.

Het spreekt voor zich dat verschillen in de bewijskracht die wordt toegedicht aan bepaalde feiten en omstandigheden tot een verschillende uitkomst van vergelijkbare zaken kunnen leiden. Hoewel de bewijsrechtelijke inferentieregels die ten grondslag liggen aan een uitspraak lang niet altijd worden geëxpliciteerd, laten de regels zich bij een bewezenverklaring gemakkelijk reconstrueren op basis van de gebruikte bewijsmiddelen. Bij vrijspraken ligt dat lastiger, omdat de feitenrechter niet veel meer pleegt te zeggen dan dat de overtuiging niet is bekomen. Vanwege het feitelijk karakter zijn verschillende beoordelingen van de validiteit van bewijsrechtelijke inferentieregels tot op grote hoogte cassatiebestendig. Als de feitenrechter het afleiden van opzet uit gedrag vergezeld laat gaan van een adequate motivering, dan zal de Hoge Raad dat oordeel niet snel (volstrekt) onbegrijpelijk achten.<sup>117</sup> Dat een op feitelijke gronden gebaseerde vrijspraak in de verkeerscontext cassatiebestendig is, staat buiten kijf.

#### 2.7.4 Verschillende overtuigingsstandaarden<sup>118</sup>

De derde hypothese ter verklaring van de geconstateerde verschillen is dat feitenrechters bij een verschillende overtuigingsgraad overgaan tot een bewezenverklaring. In paragraaf 2.4 is reeds opgemerkt dat er moeilijk een vinger achter te krijgen is welke bewijsstandaard in de praktijk wordt gehanteerd. De onbepaaldheid van art. 338 Sv en het feit dat de gehanteerde standaard zich in wezen aan toetsing door de Hoge Raad onttrekt, maken het goed denkbaar dat rechters verschillende standaarden toepassen. Uit in Amerika gedaan empirisch onderzoek blijkt ook dat er een grote spreiding zit in de kansgroottes die voldoende worden geacht voor de standaard ‘proof beyond a reasonable doubt’.<sup>119</sup> In tabel 2.1 zijn ter illustratie de resultaten opgenomen van een onderzoek onder Amerikaanse rechters.

---

<sup>117</sup> Zie hoofdstuk 6.

<sup>118</sup> Zie ook paragraaf 8.6.3.4.

<sup>119</sup> Zie Simon 1970, “‘Beyond a reasonable doubt’: an experimental attempt at quantification”; Simon & Mahan 1971, ‘Quantifying burdens of proof: a view from the bench, the jury, and the classroom’; McCauliff 1982, ‘Burdens of proof: degrees of belief, quantification of evidence, or constitutional guarantees?’; Hastie 1993, ‘Algebraic models of juror decision processes’; en Dhami 2008, ‘On measuring quantitative interpretations of reasonable doubt’.

**Tabel 2.1** Overtuigingsgraad die volstaat voor ‘proof beyond a reasonable doubt’<sup>120</sup>  
(n = 171)

Kansgrootte	Aantal rechters
50%	1
55%	0
60%	1
65%	0
70%	1
75%	8
80%	14
85%	20
90%	56
91%	0
92%	1
93%	1
94%	1
95%	31
96%	0
97%	1
98%	6
99%	8
100%	21

Dit onderzoek illustreert dat rechters behoorlijk verschillend kunnen denken over de voor een veroordeling benodigde overtuigingsgraad. De minimaal benodigde overtuigingsgraad varieert tussen 50 procent en 100 procent (met een gemiddelde van 90 procent). Het zou mij niet verbazen als Nederlandse strafrechters een vergelijkbaar patroon lieten zien. Het kan zijn dat de ene rechter zich pas overtuigd weet als hij het ten laste gelegde bijna zeker acht, terwijl de andere rechter zich reeds overtuigd weet als hij het ten laste gelegde iets waarschijnlijker acht dan een daarmee strijdige hypothese. Het hoeft geen betoog dat het hanteren van een verschillende overtuigingsstandaard ertoe kan leiden dat vergelijkbare zaken verschillend worden afgedaan.<sup>121</sup>

In paragraaf 2.4 heb ik de opvatting verdedigd dat de vereiste overtuigingsgraad niet afhankelijk gesteld zou moeten worden van het bewijstheema. Ik zou mij echter kunnen voorstellen dat de verleiding een lage overtuigingsstandaard te hanteren zich gemakkelijker doet gevoelen in de context

<sup>120</sup> Zie McCauliff 1982, ‘Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees?’, p. 1324-1333.

<sup>121</sup> Zoals eerder is uiteengezet, bespreek ik hier gemakshalve het geval van de alleensprekende rechter. Het valt te verwachten dat meervoudige kamers minder van elkaar verschillen dan alleensprekende rechters, omdat de invloed van individuele uitbijters (bijvoorbeeld veroordelen bij een overtuigingsgraad van 50 procent of vrijspreken bij een overtuigingsgraad van 99 procent) wordt beperkt door de meerderheidsregel (zie paragraaf 2.4), waarbij geen invloed toekomt aan een minderheidsopvatting.

van voorwaardelijk opzet dan in de context van de *actus reus*. Hoewel ik de sceptische stelling dat opzet in psychische zin volstrekt onkenbaar is niet onderschrijf, valt niet te ontkennen dat bij voorwaardelijk opzet vaak een behoorlijke sprong gemaakt moet worden.<sup>122</sup> Hoe zeker kunnen we er ooit op basis van uitsluitend gedragingen van zijn dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans op de dood van een agent aanvaardde toen hij op hem inreed? Het fascinerende van de aan voorwaardelijk opzet klevende onzekerheid is dat de onjuistheid van een bewezenverklaring evenmin sluitend kan worden aangetoond. De rechter die tot een (cassatiebestendige) bewezenverklaring van opzet komt op basis van een te lage overtuigingsgraad hoeft niet te vrezen dat later op basis van ander bewijsmateriaal aangetoond kan worden dat het bewezen verklaarde toch niet waar was. Dat maakt het gemakkelijker om de sprong te wagen. Daar komt bij dat de verdachte, ook als in werkelijkheid geen sprake zou zijn van opzet, toch niet onschuldig in juridische zin is.<sup>123</sup> De gedraging van de verdachte is in dat geval slechts verkeerd gekwalificeerd (bijvoorbeeld 'doodslag' in plaats van het 'roekeloos veroorzaken van de dood'). De omstandigheid dat de verdachte hoe dan ook niet 'echt' onschuldig is, maakt het ook gemakkelijker om de sprong te wagen.

De in de vorige paragraaf besproken tweede hypothese en de in deze paragraaf besproken derde hypothese zijn beide bewijsrechtelijk van aard. Op basis van een uitspraak waarin gemakkelijk opzet is aangenomen, laat het zich maar moeilijk beoordelen of veel bewijskracht wordt toegekend aan bepaalde inferentieregels (tweede hypothese) of dat een lage overtuigingsstandaard is gehanteerd (derde hypothese). Inhoudelijk is er een duidelijk verschil. De eerste rechter acht de kans groot dat een gedraging als het inrijden op een agent indicatief is voor opzet en komt om die reden tot een bewezenverklaring. De tweede rechter acht de kans dat een dergelijke gedraging indicatief is voor opzet niet bijster groot, maar is bereid te veroordelen ondanks deze lage overtuigingsgraad. Het hanteren van een lage overtuigingsstandaard is op zichzelf beschouwd in strijd met het in art. 338 Sv ingelezen in *dubio pro reo*-beginsel. Aangezien feitenrechters niet plegen te specificeren op basis van welke overtuigingsgraad zij tot een veroordeling zijn overgegaan, valt geen cassatie op dit punt te verwachten.

### 2.7.5 Besluit

In deze paragraaf heb ik drie hypothesen besproken ter verklaring van de gesignaleerde rechtsongelijkheid. Het gaat om verschillende interpretaties van opzet, verschillende beoordelingen van bewijsrechtelijke inferentieregels en het hanteren van verschillende overtuigingsstandaarden. Zoals aan het begin van deze paragraaf reeds is uiteengezet, is het goed denkbaar dat de

<sup>122</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 271-296 over de bewijsbaarheid van een psychische gesteldheid.

<sup>123</sup> Zie paragraaf 8.6.4.3 en 8.6.4.4 over 'schuldige' onschuldigen.

verschillende oorzaken naast elkaar optreden en met elkaar interfereren. Dat kan zich voordoen op het niveau van een individuele rechter, maar dat zal in nog sterkere mate het geval kunnen zijn bij behandeling door de meervoudige kamer.<sup>124</sup> De factoren kunnen elkaar tot op zekere hoogte in evenwicht houden (bijvoorbeeld een lage overtuigingsstandaard gecombineerd met een streng opzetbegrip), maar ze kunnen elkaar ook versterken (bijvoorbeeld een hoge overtuigingsstandaard gecombineerd met het weinig bewijskracht toedichten aan bepaalde inferentieregels).

De hier beproefde hypothesen laten zich helaas maar moeilijk toepassen op individuele uitspraken. Op basis van de summiere motivering die gegeven pleegt te worden, valt in de regel niet af te leiden hoe een bewezenverklaring dan wel een vrijspraak zich laat verklaren. Dat betekent uiteraard niet dat aan de hier besproken hypothesen verklarende kracht moet worden ontzegd. Op het eerste gezicht zijn geen andere factoren aan te wijzen die de gesignaleerde verschillen kunnen verklaren. Tegen deze achtergrond is het plausibel dat de geconstateerde rechtsongelijkheid te wijten is aan het samenstel van deze factoren.

## 2.8 De relatie tussen ongelijke rechterlijke beslissingen en onjuiste rechterlijke beslissingen

Aan het begin van dit hoofdstuk heb ik uiteengezet dat naar mijn overtuiging grote verschillen bestaan in de wijze waarop vergelijkbare zaken in de context van (poging tot) doodslag in het verkeer worden afgedaan door verschillende feitenrechters. Een en dezelfde zaak kan – afhankelijk van welke feitenrechter de zaak behandelt – net zo goed leiden tot een veroordeling als tot een vrijspraak. In deze paragraaf sta ik stil bij de consequenties van de gesignaleerde ongelijkheid. Ik zal de these verdedigen dat *ongelijke* rechterlijke beslissingen indicatief zijn voor de aanwezigheid van *onjuiste* rechterlijke beslissingen.

Voor ik aan de verdediging van deze these toekom, zal ik eerst iets zeggen over wat ik in dit verband beschouw als ‘juiste’ en ‘onjuiste’ rechterlijke beslissingen. Een ‘onjuiste beslissing’ is een beslissing waarbij opzet bewezen wordt verklaard, hoewel in werkelijkheid geen sprake was van opzet dan wel een beslissing waarbij vrijgesproken wordt van opzet, hoewel in werkelijkheid wel sprake was van opzet. De juistheid dan wel onjuistheid van een door de tenlastelegging gestuurde beslissing wordt uitsluitend bepaald tegen de achtergrond van twee ankerpunten: (1) de juiste interpretatie van opzet en (2) de werkelijkheid (materiële waarheid).

Dit beperkte perspectief brengt mee dat andere perspectieven op de juistheid dan wel onjuistheid van rechterlijke beslissingen niet worden meegenomen. Het is niet direct van belang of de Hoge Raad een uitspraak al dan niet in stand laat of zou laten als hem om een oordeel was gevraagd. Een cassatiebestendige bewezenverklaring kan best onjuist zijn en een niet-

---

<sup>124</sup> Zie ook paragraaf 8.6.3.6.



cassatiebestendige bewezenverklaring kan best juist zijn. Het is evenmin direct van belang of de feitenrechter het materiële recht of het bewijsrecht correct heeft toegepast. Het op basis van een onjuist opzetbegrip komen tot een bewezenverklaring kan wel degelijk resulteren in een juiste beslissing. Anderzijds kan het vanwege het in dubio pro reo-beginsel vrijspreken een onjuiste beslissing opleveren. De voorbeelden illustreren dat de juistheid dan wel onjuistheid van een beslissing enkel en alleen wordt beoordeeld aan de hand van de uitkomst van de beslissing. De voorbeelden laten tevens zien dat de kwalificatie 'onjuist' niet automatisch betekent dat de rechter het verkeerd heeft gedaan of dat hem een verwijt valt te maken.<sup>125</sup> Daarmee is uiteraard niet gezegd dat onjuiste beslissingen geen reden voor zorg zouden zijn.

Het verband tussen ongelijke rechterlijke beslissingen en onjuiste rechterlijke beslissingen is het meest evident als twee rechterlijke instanties zich hebben uitgesproken over een en dezelfde zaak. Dat doet zich voor als een zaak zowel in eerste als in tweede aanleg wordt beoordeeld. Als het Hof ten aanzien van de eerste materiële vraag tot een andere beslissing komt dan de rechtbank, dan betekent dat in mijn opvatting dat een van de twee beslissingen juist is en dat een van de twee beslissingen onjuist is. Een van de feitenrechters heeft ten onrechte opzet bewezen verklaard dan wel ten onrechte vrijgesproken van opzet.

Deze conclusie is gebaseerd op een logische gevolgtrekking en niet op een empirische observatie. Het is dus ook niet gezegd dat het zich gemakkelijk laat vaststellen welke van de twee beslissingen onjuist is. De twee ankerpunten die ten grondslag liggen aan de beoordeling – de juiste interpretatie van opzet en de materiële waarheid – zijn beide namelijk tot op zekere hoogte onkenbaar. We weten niet precies hoe opzet geïnterpreteerd moet worden en we weten niet precies wat de materiële waarheid in een bepaalde zaak is geweest. Wat betreft het laatste punt bevinden buitenstaanders zich doorgaans in een slechtere positie dan de feitenrechters die de zaak hebben beoordeeld. De rechters hebben hun oordeel immers mede kunnen baseren op informatie die voor buitenstaanders niet of minder goed kenbaar is.

De observaties met betrekking tot strafrechtelijke oordelen laten zich goed illustreren aan de hand van de oordelen van bij een tenniswedstrijd betrokken officials. Stel dat een lijnrechter een bal uit geeft, maar dat de scheidsrechter de lijnrechter corrigeert. Ook in dat geval kan de conclusie worden getrokken dat hetzij de lijnrechter, hetzij de scheidsrechter een onjuist oordeel heeft gegeven. Soms is er een elektronisch systeem aanwezig dat het mogelijk maakt om met enig vertrouwen vast te stellen wie van de twee gelijk had (Hawk-Eye). Als een dergelijk systeem niet aanwezig is, dan is het voor een hoog in het stadion gezeten toeschouwer moeilijk vast te stellen of de bal in of uit was. Hij kan echter wel de logische conclusie trekken dat een van de twee officials een onjuist oordeel moet hebben gegeven.

De stelling dat een van de twee oordelen onjuist moet zijn, berust op de impliciete vooronderstelling dat er slechts één werkelijkheid bestaat. Deze

---

<sup>125</sup> Het omgekeerde geldt uiteraard ook.

benadering gaat er onder meer van uit dat de 'inheid' of 'uiteid' van de bal onafhankelijk is van het proces waarmee deze wordt vastgesteld. De bal is hetzij in, hetzij uit: de bal kan niet tegelijkertijd in én uit zijn. Ik zal deze vooronderstelling niet verder problematiseren. Ik houd het ervoor dat de meeste juristen in de praktijk uitgaan van hetzelfde wereldbeeld.

De stelling dat een van de twee oordelen onjuist moet zijn, berust daarnaast nog op een normatieve, niet-empirische vooronderstelling. Het gaat daarbij om de these dat er slechts één juiste interpretatie van het recht is. Deze these kan ook geïllustreerd worden aan de hand van de beslissingen ten aanzien van een tenniswedstrijd. Het laat zich denken dat het verschil van mening tussen de lijnrechter en de scheidsrechter te wijten is aan een verschillende interpretatie van de regels. Wellicht meent de lijnrechter dat het raken van de lijn de bal uit maakt, terwijl de scheidsrechter meent dat de bal nog in is als hij de lijn raakt. De bovengenoemde normatieve vooronderstelling brengt mee dat een van de twee officials ongelijk moet hebben, omdat er slechts één juiste interpretatie van 'in' en 'uit' bestaat. Als uitgegaan wordt van de tegenovergestelde visie, dan zou zowel de lijnrechter als de scheidsrechter gelijk kunnen hebben, omdat er meerdere juiste interpretaties van 'in' en 'uit' kunnen bestaan.

Wat geldt voor de regels van het tennisspel, geldt naar mijn mening ook voor het strafrecht. Dat betekent dat er slechts één juiste interpretatie van opzet is. Deze opvatting sluit aan bij de visie van de Amerikaanse rechtsfilosoof Dworkin, die heeft verdedigd dat voor (bijna) alle moeilijke rechtsvragen één juist antwoord bestaat.<sup>126</sup> In Nederland is deze opvatting voor de strafvorderlijke rechtsvinding verdedigd door Rozemond.<sup>127</sup> Met de these dat er slechts één juiste interpretatie van opzet is, wil ik niet impliceren dat het mogelijk is een sluitende, allesomvattende en niet voor meerdere interpretaties vatbare definitie van opzet te geven, aan de hand waarvan elke denkbare casuspositie kan worden opgelost.<sup>128</sup> Ik ga echter wel uit van de opvatting dat er één juist antwoord is voor elke denkbare casuspositie waarin de vraag is of de actor opzettelijk heeft gehandeld. Hetzij er is sprake van opzet, hetzij er is geen sprake van opzet.

Nu zou men hier tegenin kunnen brengen dat appels met peren vergeleken worden. Iedereen is het er immers wel over eens dat een tennisbal in is als hij de lijn raakt, maar zo simpel liggen de zaken natuurlijk niet bij het opzet. In hoofdstuk 3, 4, 5 en 7 zal duidelijk worden dat het verre van duidelijk is hoe opzet moet worden geïnterpreteerd. De woorden waarmee de Hoge Raad voorwaardelijk opzet omlijnt, zijn ambigu dan wel innerlijk tegenstrijdig en in de wetenschap worden verschillende theorieën verdedigd over hoe opzet moet worden geïnterpreteerd. Tegen deze achtergrond zou een scepticus

---

<sup>126</sup> Dworkin 1985, 'A matter of principle', p. 119-145 en Dworkin 1998, 'Law's empire', p. 225-275.

<sup>127</sup> Rozemond 1998, 'Strafvorderlijke rechtsvinding', p. 64-75.

<sup>128</sup> Ik ben echter wel van mening dat de ambigue omlijning die de Hoge Raad van opzet geeft voor verbetering vatbaar is. Zie paragraaf 5.7.

kunnen betogen dat uit het feit dat niet onomstotelijk kan worden aangetoond dat de ene interpretatie beter is dan de andere, moet worden afgeleid dat er niet één juiste interpretatie van opzet bestaat.<sup>129</sup>

Otte verdedigt een dergelijke sceptische opvatting met betrekking tot een andere lastige juridische kwestie, namelijk de hoogte van de op te leggen straf.<sup>130</sup> Otte stelt dat het schier onmogelijk is causale redengevendheid tussen schuld en straf aan te brengen en dat (daarom) de sterk uiteenlopende persoonlijke opvattingen van de rechter over de persoon van de verdachte bepalend zijn. Waar de ene rechter het zwijgen van de verdachte strafverzwarend oordeelt, ziet de andere rechter dat als een benut recht dat in de straf niet mag worden tegengeworpen. De ene rechter wil spijt en berouw vertalen in een lagere straf, terwijl de andere rechter een spijbtetuiging ziet als een niet voor beloning in aanmerking komende lippendienst. Deze persoonlijke opvattingen van de rechter hebben volgens Otte grote invloed op de strafhoogte. Het kan nogal wat uitmaken of de straf wordt bepaald door een streng straffende 'bloedraad' of door een samenstelling die er uiterst milde opvattingen over de strafhoogte op nahoudt.

Het oordeel over de strafoplegging vertoont belangrijke overeenkomsten met het oordeel over het opzet. De juridische contouren van beide leerstukken zijn onduidelijk of controversieel, er bestaat een aanzienlijke feitelijke component en de Hoge Raad stelt zich uiterst terughoudend op bij de toetsing.<sup>131</sup> Bij een en dezelfde zaak kan een gevangenisstraf van drie jaar even cassatiebestendig zijn als een gevangenisstraf van vijf jaar. Het antwoord op de vraag of een dergelijke rechtsongelijkheid reden van zorg is, hangt af van de positie die de rechter in ons stelsel wordt toebedeeld. Otte verdedigt de opvatting dat de rechtsongelijkheid ten aanzien van de straftoemeting niet ernstig is. Hij legt daarbij de nadruk op de procedurele gerechtigheid:

"Als er procedurele gerechtigheid is geschied in een tegensprekelijke, contradictoire procedure, iedere procespartij zijn partij heeft meegeblazen, dan gaat het om een individuele rechterlijke weging die tot een vonnis leidt. Als het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, houdt de tegenspraak op en moet de veroordeelde het beste uit de straf proberen te halen."<sup>132</sup>

Ottes betoog kan in de sleutel gezet worden van een benadering waarbij rechtspreken beschouwd wordt als een vorm van kiezen. In zijn boek over strafrecht in de praktijk stelt Otte in dat verband het volgende: "In het normatieve discours van het recht worden dag na dag verschillende rechtsbeslissingen genomen die in beginsel alle pleitbaar zijn."<sup>133</sup> Rozemond typeert de opvatting dat rechtspreken kiezen is als volgt:

---

<sup>129</sup> Dworkin 1985, 'A matter of principle', p. 137-145 bespreekt deze vraag.

<sup>130</sup> Otte 2015, 'Straffende rechters en officieren van justitie: een kwalitatief verschil?'

<sup>131</sup> Vgl. Van Dorst 2015, 'Cassatie in strafzaken', p. 309-316 over de onaantastbaarheid van het oordeel over de strafoplegging.

<sup>132</sup> Otte 2015, 'Straffende rechters en officieren van justitie: een kwalitatief verschil?'

<sup>133</sup> Otte 2015, 'Het proces: strafrecht in de praktijk', p. 168.

“Aangezien verschillende oplossingen volgens de scepticus niet meer of minder juist zijn, zal de rechter een keuze moeten maken. Door het maken van een keuze wordt een bepaalde oplossing de juridisch geldende oplossing, zonder dat deze oplossing inhoudelijk als de beste oplossing kan worden aangemerkt. Het recht bevat immers geen eenduidige regels of criteria die in een moeilijk geval een bepaald antwoord als het juiste antwoord aanwijzen. Het kenmerkende van een moeilijk geval is het ontbreken van dergelijke criteria. De rechter beslist in een moeilijk geval op basis van ‘eigen opvattingen’ en niet op basis van juridische criteria. Wat de eigen opvattingen van de rechter precies inhouden, is verder niet relevant, aangezien het niet uitmaakt welke keuze de rechter maakt: iedere keuze past in een moeilijk geval bij het bestaande recht. Relevant is slechts *dat* de rechter een keuze maakt en niet *welke* keuze hij maakt.”<sup>134</sup>

Rozemond zet ‘rechtspreken als kiezen’ af tegen ‘rechtspreken als oordelen’.<sup>135</sup> In de laatste benadering gaat het niet alleen om kiezen, maar ook om het maken van de juiste keuze. Rozemond betoogt naar mijn mening terecht dat de deelnemers aan het juridische debat impliciet uitgaan van de opvatting dat er een juist antwoord op moeilijke rechtsvragen valt te geven. Als de antwoorden die ter discussie staan ieder voor zich als juist bestempeld kunnen worden, dan zou het immers weinig zin hebben de discussie aan te gaan over de aard van het opzetbegrip of de rechtvaardiging van straf.

Rozemonds opvatting dat de rechter op zoek dient te gaan naar het juiste antwoord op een moeilijke rechtsvraag spreekt mij aan. De stelling dat meerdere interpretaties (van opzet) en meerdere uitkomsten (in een zaak waarin opzet ten laste gelegd is) alle juist kunnen zijn, acht ik onaanvaardbaar. Ik kan mij ook moeilijk voorstellen dat een dergelijke visie door de Hoge Raad zou worden aangehangen. Dat zou impliceren dat er een domein van juiste rechtsopvattingen bestaat (zelfs de grootste scepticus zou denk ik niet willen betogen dat *alle* rechtsopvattingen juist zijn). De Hoge Raad zou dan in diverse zaken waarin het recht verschillend is toegepast – zonder van een gewijzigd inzicht blijkt te geven – kunnen oordelen dat geen sprake is van een onjuiste rechtsopvatting. Een vrijspraak op basis van een strenge psychische interpretatie en een veroordeling op basis van een normatieve (niet-psychische) interpretatie van opzet zouden bijvoorbeeld beide als juiste rechtsoordelen gezien kunnen worden. De opvatting dat meerdere interpretaties van een begrip juist kunnen zijn, kan ook meebrengen dat de Hoge Raad genoeg zou nemen met een motivering van een uitspraak die op twee verschillende rechtsoordelen ten aanzien van het opzet steunt. Het hoeft geen betoog dat een benadering waarbij de uitleg van het recht tot op grote hoogte aan de

---

<sup>134</sup> Rozemond 1998, ‘Strafvorderlijke rechtsvinding’, p. 70.

<sup>135</sup> Rozemond 1998, ‘Strafvorderlijke rechtsvinding’, p. 64-75.

discretionaire vrijheid van de feitenrechter wordt overgelaten, op gespannen voet staat met het bevorderen van rechtseenheid.<sup>136</sup>

De benadering waarbij rechtspreken als oordelen – en niet als kiezen – wordt gezien, stelt hogere eisen aan de feitenrechter. Hij dient niet alleen een beslissing te nemen, maar hij dient er ook naar te streven zijn oordeel te baseren op de (enige) juiste interpretatie van het recht. De scepticus zou kunnen aanvoeren dat dit streven gedoemd is te mislukken. De onder een aanzienlijke tijdsdruk staande Nederlandse rechter kan zich immers maar moeilijk meten met de door Dworkin gevisualiseerde ideaaltypische rechter Hercules.<sup>137</sup> De denkbeeldige rechter Hercules is oneindig wijs, beschikt over alle relevante juridische kennis en heeft een oneindige hoeveelheid tijd tot zijn beschikking. Het spreekt voor zich dat de rechter in het Nederlandse systeem niet kan tippen aan Hercules. Moet dat niet tot de conclusie leiden dat de Nederlandse rechter er bij moeilijke rechtsvragen (bijna) nooit in zal slagen het recht op de enige juiste wijze te interpreteren?

Ik acht het zeer wel mogelijk dat de scepticus daarin gelijk heeft. Het is niet onwaarschijnlijk dat de feilbare, onder tijdsdruk staande rechter er (vrijwel) nooit in zal slagen het recht helemaal juist te duiden.<sup>138</sup> Daaruit volgt echter niet dat het streven naar de juiste interpretatie zinloos is en dat (bijna) elk antwoord even goed is. In plaats van dit alles-of-nietsperspectief kan beter worden uitgegaan van een gradueler perspectief. In deze benadering kunnen bepaalde interpretaties in meerdere of mindere mate juist dan wel onjuist zijn. Een interpretatie die niet helemaal overeenstemt met de enige juiste interpretatie, kan in deze benadering nog steeds ‘bijna juist’ genoemd worden. Het valt te verwachten dat rechters die de juiste interpretatie van het recht

---

<sup>136</sup> Het verdient opmerking dat het formuleren van vage of ambigue materieelrechtelijke criteria met de fingerwijzing dat de beoordeling daarvan afhangt van de omstandigheden van het geval, evenmin een positieve bijdrage levert aan de rechtseenheid. Ook in dat geval worden feitenrechters bepaald niet ontmoedigd uit te gaan van verschillende, niet-geëxpliciteerde rechtsoordelen. Deze rechtsoordelen kunnen vervolgens moeilijk in cassatie worden getoetst, omdat ze veelal vallen in de ruimte die wordt geboden voor feitelijke oordelen (zie paragraaf 2.7.2). Het gedogen van een bepaalde bandbreedte aan verschillende rechtsopvattingen, hetgeen vermoedelijk is ingegeven door praktische noodzaak, is echter nog wel wat anders dan het actief goedkeuren van verschillende rechtsopvattingen.

<sup>137</sup> Dworkin 1998, ‘Law’s empire’, p. 238-240.

<sup>138</sup> Twee aspecten verdienen daarbij opmerking. In de eerste plaats is het niet ondenkbaar dat een rechter tot een bewezenverklaring van opzet komt, terwijl daar geen (duidelijke) visie op het materiële recht aan ten grondslag ligt. De rechter kan zich bijvoorbeeld richten naar de (lokale) juridische conventie dat bij een bepaalde feitenconstellatie opzet bewezen wordt verklaard (terwijl de Hoge Raad dat in stand pleegt te laten). In een dergelijk geval ligt geen juiste duiding van het recht aan de beslissing ten grondslag om de simpele reden dat het materiële recht niet (of nauwelijks) geduid is. In de tweede plaats dient gewezen te worden op oordelen van de meervoudige kamer. Als uitgegaan wordt van de meerderheidsregel, waarbij individuele oordelen de doorslag geven (zie paragraaf 2.4), dan is het mogelijk dat een bewezenverklaring gebaseerd is op twee of drie verschillende interpretaties van opzet. Al deze interpretaties kunnen op hun beurt weer afwijken van de enige juiste interpretatie van opzet.

dichter benaderen vaker tot een juiste beslissing zullen komen. Daaruit volgt dat het wel degelijk zinvol is een poging te doen het recht zo goed mogelijk te interpreteren.

De kenbaarheid van het recht laat zich goed vergelijken met de kenbaarheid van de werkelijkheid. Het valt niet te verwachten dat de juiste snelheid van een auto gemeten kan worden door middel van een lasergun. Men zou daarom met recht kunnen betogen dat elke meting met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid onjuist is. In deze benadering zijn ook meetfouten die kleiner zijn dan één miljardste kilometer per uur als onjuist te beschouwen. Toch zal niemand uit het feit dat elke individuele meting waarschijnlijk onjuist is, willen afleiden dat het zinloos is om ernaar te streven de snelheid zo adequaat mogelijk te meten. Het valt te verwachten dat een goed geijkte lasergun de werkelijke snelheid doorgaans beter benadert dan een menselijke schatting op basis van visuele dan wel auditieve input. Het gebruiken van deze betere standaard maakt het mogelijk om betere beslissingen te nemen. Wat geldt voor het benaderen van de werkelijkheid, geldt evenzeer voor het benaderen van de juiste interpretatie van het recht. Rechters die een herculische interpretatie van het recht nastreven, vergroten daarmee de kans dat ze juiste beslissingen zullen nemen.

Ik keer terug naar de stelling die ik aan het begin van deze paragraaf heb geponeerd. Als het Hof tot een andere beslissing komt dan de rechtbank ten aanzien van de eerste materiële vraag, dan betekent dat in mijn opvatting dat een van de twee beslissingen juist is en dat een van de twee beslissingen onjuist is. Een van de feitenrechters heeft ten onrechte opzet bewezen verklaard dan wel ten onrechte vrijgesproken van opzet. Helaas laat het zich niet gemakkelijk vaststellen welke van de twee beslissingen onjuist is. De twee ankerpunten die ten grondslag liggen aan de beoordeling – de juiste interpretatie van opzet en de materiële waarheid – zijn beide namelijk tot op zekere hoogte onkenbaar. We weten niet precies hoe opzet geïnterpreteerd moet worden en we weten niet precies wat de materiële waarheid in een bepaalde zaak is geweest. Toch kunnen we – uitgaande van de vooronderstellingen die in het bovenstaande zijn geëxpliciteerd – wel de logische conclusie trekken dat een van de twee beslissingen onjuist moet zijn.<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> Eén vooronderstelling, die praktisch gezien niet zo belangrijk is, heb ik nog niet gespecificeerd. Het gaat om de vooronderstelling dat de interpretatie van het recht tussentijds niet op zodanige wijze is gewijzigd dat beide uitspraken juist (of onjuist) geacht moeten worden. Het legaliteitsbeginsel brengt mee dat het recht geïnterpreteerd moet worden tegen de achtergrond van de stand van het recht tempore delicti (tenzij de wet in het voordeel van de verdachte wordt gewijzigd). Dat wil zeggen dat het recht niet aan verandering onderhevig pleegt te zijn tussen de uitspraak in eerste en tweede aanleg. Als de rechtbank en het Hof uitgaan van een verschillende interpretatie, dan kan het in beginsel niet zo zijn dat beide zijn uitgegaan van een juiste rechtsopvatting. Dat is ook het geval als de Hoge Raad tussen de uitspraak in eerste en tweede aanleg omgaat ten aanzien van een leerstuk dat direct van belang is voor de feitelijke uitspraken in kwestie. Als de rechtbank de vroegere opvatting van de Hoge Raad tot uitgangspunt heeft genomen, dan zou gesteld kunnen worden dat de recht-

De onwrikbare logica – een van de twee uitspraken moet onjuist zijn – die geldt voor *gelijke* zaken die door verschillende feitelijke instanties zijn beoordeeld, geldt niet direct voor *op elkaar gelijkende* zaken. Als twee zaken die grote overeenkomsten met elkaar vertonen een verschillende uitkomst opleveren, dan kan het best zo zijn dat beide uitspraken juist zijn.<sup>140</sup> Het kan bijvoorbeeld niet worden uitgesloten dat de ene inrijder op een agent met strafrechtelijk opzet heeft gehandeld, terwijl de andere inrijder geen opzet heeft gehad omdat hij stellig geloofde dat de agent wel opzij zou springen. Het feit dat we niet via de regels van de logica kunnen aantonen dat een van twee op elkaar gelijkende uitspraken onjuist is, zou echter niet tot geruststelling moeten leiden. De constatering dat de rechtbank en het Hof in een en dezelfde zaak regelmatig tot een andere uitkomst besluiten, doet vermoeden dat de daaraan ten grondslag liggende oorzaken (zie paragraaf 2.7) zich ook in andere gevallen manifesteren. Dat brengt mee dat verschillende uitkomsten in op elkaar gelijkende zaken eveneens indicatief zijn voor de onjuistheid van bepaalde uitspraken.

Het is de vraag wat in dit verband verstaan moet worden onder ‘op elkaar gelijkende zaken’. Als de aard van de gedraging centraal wordt gesteld, dan is het domein van op elkaar gelijkende zaken relatief beperkt. De conclusie geldt dan bijvoorbeeld voor bepaalde zaken waarin wordt ingereken op een agent, maar er zullen veel zaken overblijven waarin geen ‘tweelingbroer’ met een andere uitkomst kan worden gelokaliseerd. Het is echter ook denkbaar de gelijkheid op abstracter niveau te definiëren. Dat zou bijvoorbeeld kunnen geschieden door acht te slaan op de bewijskracht van de feiten en omstandigheden van de met elkaar te vergelijken zaken.<sup>141</sup> Deze insteek stuit op twee mogelijke bezwaren. Het eerste bezwaar is dat er geen algemeen aanvaard criterium bestaat om de stap van feiten en omstandigheden naar bewijskracht te zetten. Hoe moeten we ‘inrijden op een agent’ duiden in verhouding tot ‘dronken door rood licht rijden’? Het tweede bezwaar is dat gepubliceerde uitspraken geen volledige en zuivere kenbron vormen van de feiten en omstandigheden van een zaak. Dat bezwaar kan overigens wel enigszins gerelativeerd worden in de context van (poging tot) doodslag in het verkeer. Niet alleen bewezenverklaringen, maar ook vrijspraken bevatten relatief veel informatie. De vrijspraak van (poging tot) doodslag gaat namelijk in de regel gepaard met een gemotiveerde bewezenverklaring van een subsidiair ten laste gelegd delict.

De bovengenoemde bezwaren zorgen ervoor dat het niet mogelijk is harde uitspraken te doen. We kunnen niet constateren dat rechtbank A in een bepaalde zaak bij bewijskracht 70 tot een vrijspraak kwam, terwijl rechtbank

---

bank onverwiltbaar is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Het verdient opmerking dat de interpretatie van de Hoge Raad in deze benadering als archimedisch ijkpunt wordt genomen. Vanuit theoretisch perspectief is betwistbaar of de interpretatie van de Hoge Raad (altijd) gezien moet worden als de juiste interpretatie, maar ik houd het ervoor dat dat in de rechtspraak wel zo gevoeld wordt.

<sup>140</sup> Uiteraard kunnen de uitspraken ook beide onjuist zijn.

<sup>141</sup> Zie het bewijskrachtcontinuüm dat is beschreven in paragraaf 2.6.2 (figuur 2.1).

B in een andere zaak bij bewijskracht 65 het opzet bewezen achtte. Verschillen in uitkomst tussen zaken die qua gedragingen niet zo op elkaar lijken, kunnen gemakkelijk weggeredeneerd worden. Ik kan op deze plaats dan ook niet veel meer doen dan mijn persoonlijke observatie prijsgeven. Het is mijn indruk dat wat geldt voor gelijke zaken en qua gedragingen op elkaar gelijkende zaken, ook geldt voor zaken waarbij de rechtsongelijkheid zich moeilijker laat vaststellen. Dat betekent dat voor het gehele domein van zaken waarin (poging tot) doodslag in het verkeer ten laste is gelegd, geldt dat een beduidend deel van de uitspraken onjuist is.

## 2.9 Besluit: de weg naar minder rechtsongelijkheid

In de vorige paragraaf is uiteengezet dat verschillend kan worden gedacht over de vraag of rechtsongelijkheid een reden voor zorg oplevert. Is het de taak van de feitenrechter om binnen de aanzienlijke ruimte die de cassatievrije zone biedt tot een min of meer persoonlijke – en daarom per definitie niet-onjuiste – keuze te komen? Of is het de taak van de feitenrechter ernaar te streven de enige juiste beslissing in een zaak te nemen? Uit de laatste visie vloeit voort dat rechtsongelijkheid indicatief is voor onjuistheid. Daaruit volgt in elk geval dat rechtsongelijkheid een reden voor zorg vormt. Daarmee is echter nog niets gezegd over de vraag hoe negatief deze onjuistheid gewaardeerd moet worden. In dat verband is het zinvol onderscheid te maken tussen twee typen onjuiste beslissingen: de onjuiste bewezenverklaring en de onjuiste vrijspraak.

Het eerste geval (de onjuiste bewezenverklaring) doet zich voor als de rechter wel opzet heeft aangenomen, hoewel de actor in werkelijkheid niet met opzet heeft gehandeld. Dat kan er in de eerste plaats toe leiden dat de actor veel te zwaar gestraft wordt. Dat geldt in het bijzonder voor gevallen waarin geen van de in art. 6 WVV omschreven gevolgen viel te betreuren. Poging tot doodslag kan bestraft worden met een maximale gevangenisstraf van tien jaar. Het meest voor de hand liggende alternatief, het gevaarzettingsdelict van art. 5 WVV, kan echter slechts bestraft worden met een hechtenis van twee maand. Dat betekent dat de ten onrechte wegens poging tot doodslag veroordeelde actor veel en veel zwaarder kan worden gestraft dan gerechtvaardigd is vanuit juridisch perspectief.<sup>142</sup> Een tweede reden waarom de ten onrechte veroordeelde in zijn belang getroffen is, heeft te maken met de onjuiste kwalificatie.<sup>143</sup> Het gaat in dit verband om ‘fair labelling’. Volgens dit beginsel dient het etiket dat wordt geplakt op een strafbare gedraging een

---

<sup>142</sup> Het gaat mij hier alleen om het punt dat de actor te zwaar gestraft wordt vanuit een juridisch perspectief bezien. Zie paragraaf 8.6.4.4 over ‘schuldige’ onschuldigen. Over de vraag of de lage straf die staat op het gevaarzettingsdelict op zichzelf beschouwd gerechtvaardigd is, kan getwist worden. Zie paragraaf 8.6.5.

<sup>143</sup> Zie paragraaf 8.6.4.4.



billijke uitdrukking te vormen van de strafwaardigheid.<sup>144</sup> Een onjuiste veroordeling wegens (poging tot) doodslag zet evident een verkeerd beeld neer. De veroordeelde wordt door deze verkeerde beeldvorming in zijn belang getroffen.

In het tweede geval (de onjuiste vrijspraak) wordt vrijgesproken van opzet, hoewel de actor in werkelijkheid wel met opzet heeft gehandeld. De onjuiste vrijspraak kan als minder ernstig betiteld worden dan de onjuiste bewezenverklaring. In juridische kringen wordt algemeen aangenomen dat het beter is ten onrechte vrij te spreken dan ten onrechte te veroordelen.<sup>145</sup> Daarbij komt dat een vrijspraak met betrekking tot (poging tot) doodslag in het verkeer vrijwel altijd gepaard gaat met een veroordeling voor een minder zwaar delict, zoals art. 302 Sr, art. 6 WvW of art. 5 WvW. De actor zal in de regel dus niet geheel de dans ontspringen. Dat neemt niet weg dat de straf doorgaans minder hoog zal zijn dan het geval was geweest bij een veroordeling wegens (poging tot) doodslag. Maar zelfs als dat niet het geval is – art. 6 WvW kent ook een zeer hoog strafmaximum – zou nog steeds betoogd kunnen worden dat het verkeerde etiket is toegekend aan de gedragingen van de actor.<sup>146</sup>

Uit het bovenstaande volgt dat de onjuiste uitspraken die gepaard gaan met rechtsongelijkheid negatief gewaardeerd moeten worden. Dat roept de vraag op hoe de rechtspraak kan zorgen voor meer gelijkheid en minder onjuistheid. Die vraag laat zich in zijn algemeenheid beantwoorden aan de hand van de in paragraaf 2.7 aangedragen oorzaken van de rechtsongelijkheid. In de eerste plaats is van belang dat rechters zo veel mogelijk uitgaan van dezelfde, juiste interpretatie van opzet. In de tweede plaats is van belang dat rechters zo veel mogelijk gebruikmaken van dezelfde, juiste bewijsrechtelijke inferentieregels ten aanzien van het opzet. Ten slotte is van belang dat rechters de in art. 338 Sv neergelegde overtuigingsmaatstaf zo veel mogelijk op dezelfde, juiste wijze

---

<sup>144</sup> Vgl. Chalmers & Leverick 2008, 'Fair labelling in criminal law'; Ashworth & Horder 2013, 'Principles of criminal law', p. 77-79; en Duker 2013, 'Het Tongzoen-arrest en het *labelen* van strafbaar gedrag'.

<sup>145</sup> Vgl. Groenhuijsen & Knigge 1999, 'Theoretisch kader', p. 19; Van Sliedregt 2009, 'Tien tegen één: een hedendaagse bezinning op de onschuldpresumptie', p. 21-22; Keulen & Knigge 2010, 'Strafprocesrecht', p. 2; en Corstens & Borgers 2014, 'Het Nederlands strafprocesrecht', p. 8. Uit empirisch onderzoek blijkt overigens dat dit uitgangspunt minder en minder aanvaard wordt door gewone burgers. Zie Xiong, Greenleaf & Goldschmidt 2017, 'Citizen attitudes toward errors in criminal justice: implications of the declining acceptance of Blackstone's ratio'.

<sup>146</sup> Ik benadruk nogmaals dat de onjuistheid van de uitspraak hier wordt bepaald door het feit dat in werkelijkheid wel sprake was van opzet. Dat betekent niet noodzakelijkerwijs dat het aannemen van schuld of gevaar terwijl sprake is van opzet juridisch gezien onjuist is. Uit HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1660 zou wellicht afgeleid kunnen worden dat het begrip schuld zich ook uitstrekt tot opzettelijke gedragingen. Iemand die opzet op de dood heeft, zal doorgaans ook wel schuld hebben aan de dood. Als inderdaad óók sprake is van schuld, dan is zowel een bewezenverklaring van opzet als een bewezenverklaring van schuld als een juiste beslissing te bestempelen.

invullen. Het correct toepassen van de overtuigingsmaatstaf levert overigens niet noodzakelijkerwijs een bijdrage aan het terugdringen van de hoeveelheid onjuiste uitspraken. Correcte toepassing zorgt er primair voor dat één subcategorie van onjuiste uitspraken – de onjuiste bewezenverklaring – tot een acceptabel minimum beperkt blijft.<sup>147</sup>

Het hoeft geen betoog dat het realiseren van meer gelijkheid en minder onjuistheid gemakkelijker is gezegd dan gedaan. De rechtspraak wordt vormgegeven door honderden rechters, die heel verschillend kunnen denken over de thema's die als verklaring van de rechtsongelijkheid zijn opgevoerd. Deze verschillende opvattingen, die in de regel niet in uitspraken worden geëxpliciteerd, vinden op dit moment een warm onderkomen in de grote cassatievrije zone.<sup>148</sup> De efficiëntste wijze om de rechtsongelijkheid te verminderen, wordt gevormd door het verkleinen van de cassatievrije zone. Hieronder schets ik twee manieren waarop de Hoge Raad een verkleining van de cassatievrije zone zou kunnen bewerkstelligen.

De eerste manier om de cassatievrije zone te verkleinen, zit in het bieden van helderder normstellingen met betrekking tot het materiële recht. Het valt te verwachten dat een duidelijker beoordelingskader tot minder spreiding in de beoordeling van de norm zal leiden. Ten aanzien van het opzet zijn er nogal wat thema's waarover onduidelijkheid bestaat. Daarbij kan bijvoorbeeld gewezen worden op de volgende vragen. Is opzet een psychisch of een normatief begrip? Is de grens tussen voorwaardelijk opzet en schuld cognitief of volitief van aard? Mag opzet geruime tijd voor de *actus reus* gelokaliseerd worden? Waar ligt de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans'? Welk perspectief moet worden ingenomen bij het bepalen van de kans in objectieve zin? In hoofdstuk 3 tot 7 zal ik uitgebreid aandacht besteden aan deze en andere materieelrechtelijke thema's.

De tweede manier om de cassatievrije zone te verkleinen, zit in het scherper toetsen van de begrijpelijkheid van bewezenverklaringen. Dat zorgt ervoor dat verschillen in de gehanteerde overtuigingsstandaard en verschillen in de bewijskracht die wordt toegedicht aan bepaalde feiten en omstandigheden minder invloed kunnen uitoefenen. In hoofdstuk 8 zal ik de feitenrechtspraak in de context van (poging tot) doodslag in het verkeer aan een toetsing onderwerpen. Deze toetsing is onder meer gestoeld op een in dit boek geïntroduceerde psychologische theorie (de kansintegratietheorie) en op analyses

---

<sup>147</sup> In hoofdstuk 8 zal ik echter betogen dat het streng vasthouden aan het in *dubio pro reo*-beginsel in de context van (poging tot) doodslag in het verkeer wel degelijk zou zorgen voor minder onjuiste bewezenverklaringen.

<sup>148</sup> Otte 2012, 'Apple en de strafrechter: over eenvoud in organiseren, beslissen en motiveren' wijst erop dat strafrechters zaken individueel plegen voor te bereiden. Otte stelt in dat verband het volgende: "De meeste rechters hebben geen beeld welke dogmatische instrumentenkist de collega's benutten bij het bestuderen van het dossier. Wie een collega vraagt of hij het normatieve of het psychisch opzet aanhangt, zal vermoedelijk geen antwoord krijgen." Daarnaast wijs ik op een door mij gehouden empirisch onderzoek onder strafrechtjuristen naar de gewenste ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans'. Daarbij valt op dat er een enorme spreiding zit in de uitkomsten. Zie paragraaf 7.4.

met betrekking tot de kans op de dood die gepaard gaat met bepaalde verkeersgevaarlijke gedragingen. Ik kom uiteindelijk tot de conclusie dat de meeste bewezenverklaringen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer ongegrond zijn. Deze vergaande conclusie laat zich mede verklaren door het feit dat ik de feitenrechtspraak rechtstreeks toets aan het in dubio pro reo-beginsel. Hoewel ik niet wil suggereren dat de Hoge Raad hetzelfde toetsingskader zou moeten hanteren, kan het bij dit thema naar mijn inschatting geen kwaad iets dichter op de feitenrechtspraak te gaan zitten. De strenge toetsing van de roekeloosheid kan in dat opzicht tot voorbeeld strekken.<sup>149</sup>

De door mij wenselijk geachte aanscherping van het toetsingsregime van de Hoge Raad zal waarschijnlijk resulteren in een vermindering van het aantal bewezenverklaringen ten aanzien van (poging tot) doodslag in het verkeer. Over alle thema's die ten grondslag liggen aan mijn visie – de interpretatie van opzet, de validiteit van bepaalde bewijsrechtelijke regels en de omlijning van de overtuigingsstandaard – kan uiteraard anders gedacht worden. Dat kan meebrengen dat de rechtsongelijkheid van een andere duiding wordt voorzien. Zo zou men ook tot de conclusie kunnen komen dat bepaalde feitenrechters te gemakkelijk vrijspreken van opzet. Deze visie impliceert dat het pad naar meer rechtsgelijkheid via de tegenovergestelde route dient te lopen. Dat betekent dat de feitenrechters die geneigd zijn vrij te spreken beïnvloed moeten worden. Aangezien de Hoge Raad vrijspraken zeer terughoudend pleegt te toetsen, lijkt het iets moeilijker dat doel te realiseren via de cassatierecht-spraak.

Ik kom tot een afronding van dit hoofdstuk. In dit hoofdstuk is geschetst dat de feitenrechter een enorme vrijheid heeft in de context van (poging tot) doodslag in het verkeer. Ik heb de opvatting verdedigd dat ongelijke uitspraken, ook als ze in de cassatievrije zone vallen, indicatief zijn voor onjuiste uitspraken. Het pad naar meer rechtsgelijkheid begint hoe dan ook bij het besef dat verschillend gedacht kan worden over thema's die het onderwerp (poging tot) doodslag in het verkeer raken. Het valt te hopen dat de thema's die in dit boek aan de orde worden gesteld een aanzet vormen tot een brede discussie over het opzet binnen en buiten de verkeerscontext.

---

<sup>149</sup> Zie bijv. HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1772.

## Hoofdstuk 3

# Plaatsbepaling van voorwaardelijk opzet

### 3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk heeft als doel een aantal belangrijke aspecten van voorwaardelijk opzet (in het verkeer) te belichten. In paragraaf 3.2 bespreek ik hoe het begrip voorwaardelijk opzet zich verhoudt tot de andere opzettingen zekerheidsopzet en doelopzet. Paragraaf 3.3 bevat een korte beschrijving van de wetsgeschiedenis met betrekking tot voorwaardelijk opzet. In paragraaf 3.4 worden drie theorieën van opzet geduid: de cognitieve, volitieve en normatieve opzettheorie. Vervolgens bespreek ik de Hoge Raads benadering van voorwaardelijk opzet in paragraaf 3.5. In paragraaf 3.6 worden de feiten van de Porschezaak en de relevante overwegingen van de Hoge Raad voor het voetlicht gebracht.

### 3.2 De verhouding tussen voorwaardelijk opzet, zekerheidsopzet en doelopzet

Strafrechtjuristen die reeds sinds jaar en dag meelopen in de Nederlandse rechtspraktijk, zullen het wellicht de gewoonste zaak van de wereld vinden dat opzet op de dood met enige regelmaat wordt toegeschreven aan verkeersdeelnemers die zich zeer gevaarlijk gedragen. Als men echter met enige distantie naar de Nederlandse praktijk kijkt, dan valt op dat het opzetbegrip in Nederland een bijzonder ruim bereik heeft. Het feit dat de weggiraten aan wie doodslagopzet is toegeschreven niet als doel hebben een ander de dood in te jagen, hoeft klaarblijkelijk niet in de weg te staan aan het aannemen van opzet. Het opzetbegrip heeft door de uitbreiding tot voorwaardelijk opzet een betekenis gekregen die veel ruimer is dan de betekenis van opzet in het spraakgebruik.

Het is in dat verband interessant dat voorwaardelijk opzet grote verwantschap vertoont met het begrip ‘recklessness’, zoals dat wordt gehanteerd in de Angelsaksische doctrine. In de Model Penal Code van Amerika staat de volgende definitie: “A person acts recklessly (...) when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk”.<sup>150</sup> Het in Engeland en Wales gewezen arrest *R. v. Cunningham* bevat de volgende omschrijving van wat nu wordt aangeduid als ‘Cunningham recklessness’: “the accused has foreseen that the particular kind of harm might be done and yet has gone on to take

---

<sup>150</sup> Art. 2.02 lid 2 sub c Model Penal Code.

the risk of it”.<sup>151</sup> Als het Nederlandse stelsel wordt bekeken vanuit dit perspectief, dan noemen wij ‘opzet’ wat eigenlijk ‘roekeloosheid’ is. Op de wijd-verbrede opvatting dat de Hoge Raad een strenge, in strijd met het spraakgebruik zijnde betekenis aan het begrip roekeloosheid toekent, valt tegen deze achtergrond ook wel wat af te dingen.<sup>152</sup> Vanuit Angelsaksisch perspectief bezien, wordt juist een ruim bereik aan het begrip roekeloosheid gegeven.<sup>153</sup>

Het is instructief het Nederlandse opzetbegrip te omlijnen aan de hand van drie typen opzet: doelopzet, zekerheidsopzet en voorwaardelijk opzet. Hieronder geef ik een definitie van de drie opzettypen in de context van het veroorzaken van een gevolg:<sup>154</sup>

Iemand handelt met *doelopzet* op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt omdat hij wenst dat het gevolg intreedt en voorziet dat zijn handeling het gevolg kan veroorzaken.

Iemand handelt met *zekerheidsopzet* op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt terwijl hij met een grote mate van zekerheid voorziet dat zijn handeling het gevolg zal veroorzaken.

Iemand handelt met *voorwaardelijk opzet* op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt terwijl hij bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat zijn handeling het gevolg zal veroorzaken.

Het onderscheidende kenmerk van doelopzet is dat het gevolg een reden om te handelen vormt.<sup>155</sup> Er is sprake van doelopzet als iemand handelt om een bepaald gevolg te realiseren. Dat kenmerk is afwezig bij zekerheidsopzet en voorwaardelijk opzet. Bij deze opzettypen kunnen we in elk geval stellen dat

---

<sup>151</sup> R v Cunningham [1957] 2 QB 396.

<sup>152</sup> De Hoge Raad heeft die kritiek overigens deels over zichzelf afgeroepen door expliciet te overwegen dat het begrip roekeloosheid “een specifieke betekenis heeft die niet noodzakelijkerwijs samenvalt met wat in het normale spraakgebruik onder ‘roekeloos’ – in de betekenis van ‘onberaden’ – wordt verstaan.” Zie bijv. HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2482.

<sup>153</sup> Het verdient opmerking dat de Hoge Raad het begrip roekeloosheid ook uitstrekt tot gevallen waarin geen sprake is van bewustheid. In HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:962 overweegt de Hoge Raad het volgende: “Om tot het oordeel te kunnen komen dat in een concreet geval sprake is van roekeloosheid (...) zal de rechter zodanige feiten en omstandigheden moeten vaststellen dat daaruit is af te leiden dat door de buitengewoon onvoorzichtige gedraging van de verdachte een zeer ernstig gevaar in het leven is geroepen, alsmede dat de verdachte zich daarvan bewust was, *althans had moeten zijn*.” Mijn cursivering.

<sup>154</sup> Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 346-352. Het verdient opmerking dat de term ‘handelt’ in de definities ook betrekking heeft op omissies.

<sup>155</sup> Vgl. Anscombe 1972, ‘Intention’; Fried 1978, ‘Right and wrong’, p. 20-28; en Duff 1990, ‘Intention, agency and criminal liability: philosophy of action and the criminal law’, p. 47-51.

de voorziene grote mate van zekerheid (zekerheidsopzet) dan wel de voorziene aanmerkelijke kans (voorwaardelijk opzet) onvoldoende reden oplevert om af te zien van de handeling. Zo bezien bestaat er slechts een graadueel verschil tussen zekerheidsopzet en voorwaardelijk opzet: de actor die handelt met zekerheidsopzet voorziet het gevolg met een grotere mate van zekerheid dan de actor die slechts met voorwaardelijk opzet handelt.

In de definitie van voorwaardelijk opzet valt echter nog een ander verschil te ontwaren met zekerheidsopzet. Voorwaardelijk opzet houdt tevens in dat de voorziene aanmerkelijke kans door de actor wordt *aanvaard*. Men zou zich kunnen afvragen waarom deze aanvaardingsconditie geen deel uitmaakt van de definitie van zekerheidsopzet. Knigge & Wolswijk geven een mogelijk antwoord op die vraag bij het omlijnen van voorwaardelijk opzet (mogelijkheidsbewustzijn):

“Het verschil met zekerheidsbewustzijn (...) is, dat mogelijkheidsbewustzijn niet impliceert dat de dader de gevolgen van zijn handelen aanvaardt. Het wilselement is niet met het besef van de mogelijkheid gegeven. Daarom moet dat element in geval van mogelijkheidsbewustzijn als aparte, aanvullende voorwaarde worden gesteld. De dader moet zich niet alleen de mogelijkheid bewust zijn geweest, hij moet die mogelijkheid bovendien hebben aanvaard, op de koop hebben toegenomen.”<sup>156</sup>

Het handelen ondanks een hoge mate van zekerheid impliceert volgens Knigge & Wolswijk dus de aanvaarding van de gevolgen.<sup>157</sup> Aangezien dat niet geldt voor voorwaardelijk opzet, is daarvoor een aanvaardingscomponent nodig. De aanvaardingscomponent is ook te vinden in de omschrijving die de Hoge Raad geeft van voorwaardelijk opzet: “Voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg (...) is aanwezig indien de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat dat gevolg zal intreden.”<sup>158</sup>

Er kan getwist worden over de betekenis die moet worden toegekend aan deze aanvaardingscomponent. Voegt deze component iets wezenlijks toe aan de definitie van voorwaardelijk opzet of is deze component – net als bij zekerheidsopzet – gegeven met de vervulling van de cognitieve component? De in hoofdstuk 4 en 5 opgenomen cognitieve en volitieve analyse van de Porschezaak zijn voor een belangrijk deel aan de beantwoording van deze vraag gewijd.

<sup>156</sup> Knigge & Wolswijk 2015, ‘Het materiële strafrecht’, p. 113.

<sup>157</sup> Een vergelijkbare redenering is te vinden in het Gevangenisvoedselarrest (HR 14 oktober 1940, NJ 1941, 87), waaruit bleek dat oogmerk zich ook uitstrekt tot zekerheidsopzet. Zie in dezelfde zin HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:94, waarin de Hoge Raad stelt dat oogmerk aanwezig is “indien het handelen van de verdachte, naar hij moet hebben beseft, als noodzakelijk en dus door hem gewild gevolg met zich bracht dat de diefstal werd voorbereid of vergemakkelijkt”. Ook in dit geval volgt de volitieve component kennelijk automatisch uit de cognitieve component.

<sup>158</sup> HR 23 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2767.

### 3.3 De opkomst van voorwaardelijk opzet

Het staat buiten kijf dat Modderman een belangrijke rol heeft vervuld bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht van 1886. Modderman maakte deel uit van de Staatscommissie die het wetboek heeft ontworpen en hij heeft het wetboek als minister van Justitie door de beide Kamers geloodst. De invloed van Modderman is in het bijzonder zichtbaar bij de theorievorming over het opzet. Het belang van Moddermans opmerking dat het bij opzet aankomt op ‘willen’ en ‘weten’ kan nauwelijks overschat worden.<sup>159</sup> Het onderscheid tussen de volitieve component (‘willen’) en de cognitieve component (‘weten’) ligt ten grondslag aan bijna alle doctrinaire beschouwingen over opzet.

Minister Moddermans beschouwingen over voorwaardelijk opzet zijn evenzeer van belang geweest voor de ontwikkeling van het opzetbegrip. Modderman betoogt in de Eerste Kamer dat voorwaardelijk opzet onder het opzetbegrip geschaard zou moeten worden. Hij stelt dat tóch handelen, hoewel de mogelijkheid voorzien wordt dat deze handeling zeker gevolg zal hebben, als voorwaardelijk opzet moet worden beschouwd.<sup>160</sup> Dat gevolg heeft men dan volgens Modderman eventueel in zijn wil opgenomen. Modderman illustreert zijn visie onder meer met een voorbeeld dat als een voorloper van de Porschezaak kan worden gezien:

“Het geval dat mij steeds werd tegen geworpen was dit: stelt u voor iemand die, te paard gezeten, in woesten, wilden draf door de straten rijdt; voor zich ziet hij een hoop kleine kinderen, zoodat hij duidelijk kan begrijpen dat, als hij voortgaat, dit of dat kind onder de hoeven van het paard zal worden verpletterd. Stel u verder voor dat die persoon, daarvoor onverschillig, zonder zelfs den minsten voorzorgsmaatregel te nemen, of, waar ‘t nog mogelijk was, op zij te gaan, eenvoudig doorrijdt en een kind doodt of kwetst. Is dan hechtenisstraf niet veel te licht? Wel zeker, maar dat noem ik geen bewuste schuld meer, maar voorwaardelijk opzet.

Als die woestaard niet de minste voorzorgsmaatregelen neemt, dan vraag ik niet of hij de voorziene uitkomst heeft *gewenscht*; maar ik zeg, dat hij ze *gewild* heeft en dat zijne ontkenning is eene *protestatio actui contraria*.”<sup>161</sup>

Uit de beschouwingen van Modderman kan niet worden afgeleid welke mate van onzekerheid met betrekking tot het veroorzaken van een gevolg nog binnen de grens van het begrip voorwaardelijk opzet valt. Modderman spreekt onder meer van het voorzien van een mogelijkheid.<sup>162</sup> Het is echter hoe dan

---

<sup>159</sup> “Willen en weten – op beide komt het aan, gelijk men dan ook in het dagelijksch leven, zeer terecht, ‘opzettelijk’ en ‘willens en wetens’ door elkander gebruikt.” Zie Smidt 1891, ‘Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: eerste deel’, p. 81.

<sup>160</sup> Zie Smidt 1891, ‘Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: eerste deel’, p. 87.

<sup>161</sup> Zie Smidt 1891, ‘Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: eerste deel’, p. 88.

<sup>162</sup> Zie Smidt 1891, ‘Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: eerste deel’, p. 87.

ook duidelijk dat het opzetbegrip dat Modderman voor ogen heeft veel ruimer is dan opzet in de zin van doelopzet, waarbij de handeling gestuurd wordt door de wil het gevolg te realiseren. Dat roept de vraag op hoe zijn visie valt te rijmen met zijn bewering dat bij opzet altijd sprake dient te zijn van 'willen'. Modderman lost dit conflict op met een intrigerende retorische manoeuvre.<sup>163</sup> Van iemand die handelt met voorwaardelijk opzet kan weliswaar niet gezegd worden dat hij het gevolg heeft *gewenst*, maar er kan volgens Modderman wel degelijk worden gesteld dat hij het gevolg (eventueel) heeft *gewild*.

Modderman bestempelt handelen ondanks het voorzien van een bepaald gevolg als 'willen'. Het door Modderman gemaakte onderscheid tussen 'wensen' en 'willen' kan moeilijk op taalkundige gronden gerechtvaardigd worden. Deze gekunstelde interpretatie van 'willen' zou er eveneens toe nopen te stellen dat rokers een pijnlijke dood *willen* sterven of dat tandartsen pijn *willen* veroorzaken. De ongerijmdheid van Moddermans redenering komt het sterkst naar voren als zij toegepast wordt op twee elkaar uitsluitende toestanden. Stel, iemand heeft doelopzet op  $\Phi$ , maar hij voorziet dat niet- $\Phi$  zou kunnen plaatsvinden. Het toepassen van Moddermans redenering leidt dan tot de conclusie dat de wil van de actor zowel gericht is op  $\Phi$  als op niet- $\Phi$ .

Moddermans visie dat voorwaardelijk opzet onder het opzetbegrip gebracht zou moeten worden, vindt weinig weerklank in de Tweede Kamer. Op de dag dat het wetboek door de Eerste Kamer werd aangenomen, geeft Modderman aan dat het afbakenen van de grens tussen opzet en schuld aan de wetenschap en de praktijk moet worden overgelaten.<sup>164</sup> In 1954, meer dan zeventig jaar na Moddermans woorden, wordt het pleit door de Hoge Raad beslecht door de expliciete aanvaarding van voorwaardelijk opzet.<sup>165</sup> In de loop van de jaren heeft de Hoge Raad verschillende termen gebruikt om voorwaardelijk opzet te omlijnen. Een centraal element van huidige definities is dat sprake moet zijn van een *aanmerkelijke* kans. Voorwaardelijk opzet doet zich voor als de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat dat gevolg zal intreden.<sup>166</sup> In paragraaf 3.5 zal ik meer aandacht besteden aan de rechtspraak van de Hoge Raad. Ik sta eerst kort stil bij een aantal mogelijke interpretaties van het opzetbegrip.

### 3.4 De cognitieve, volitieve en normatieve opzettheorie

#### 3.4.1 Inleiding

De ontwikkeling van het begrip voorwaardelijk opzet heeft voor een belangrijk deel gestalte gekregen in strafrechtelijke handboeken. In deze paragraaf

<sup>163</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 411-413.

<sup>164</sup> Zie Smidt 1891, 'Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: eerste deel', p. 89.

<sup>165</sup> HR 9 november 1954, NJ 1955, 55 (Cicero).

<sup>166</sup> Zie HR 23 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2767.



bespreek ik opvattingen die zijn neergelegd in een aantal handboeken. Hoewel deze handboeken tot op zekere hoogte zijn verouderd, vormen de in deze boeken verdedigde visies nog steeds een goed uitgangspunt om het opzetbegrip te analyseren. De handboeken in kwestie beogen een beschrijving van het toenmalige positieve recht te geven. In alle boeken wordt sterk geleund op de wetsgeschiedenis en wordt het opzet geanalyseerd aan de hand van de termen 'willen' en 'weten'. Daardoor kan gemakkelijk de indruk ontstaan dat consensus bestaat over de interpretatie van opzet. Nadere analyse laat echter zien dat de termen 'willen' en 'weten' volstrekt verschillend worden geïnterpreteerd. Deze verschillen komen primair tot uiting bij het bepalen van de ondergrens van opzet. In de onderstaande paragrafen classificeer ik de besproken opvattingen aan de hand van drie theorieën van opzet: de cognitieve, volitieve en normatieve opzettheorie.

### 3.4.2 De cognitieve opzettheorie

Het handboek van Nieboer en het handboek van Strijards kunnen beide worden beschouwd als uitingen van de cognitieve opzettheorie.<sup>167</sup> De cognitieve opzettheorie gaat ervan uit dat opzet een psychisch begrip is. Hoewel opzet wordt geanalyseerd aan de hand van het begrippenpaar 'willen' en 'weten', wordt sterk de nadruk gelegd op de cognitieve component. Een actor heeft voorwaardelijk opzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt terwijl hij voorziet dat een aanmerkelijke kans bestaat dat zijn handeling het gevolg zal veroorzaken. Er bestaat een analytisch verband tussen de cognitieve en de volitieve component: iemand die handelt terwijl hij *weet* dat een gevolg kan intreden, wordt geacht dat gevolg te hebben *gewild*.<sup>168</sup> Nieboer drukt dat analytische verband kernachtig uit: "weten + tòch doen = willen doen."<sup>169</sup>

De grens tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld wordt volledig bepaald door de bewustheid van de aanmerkelijke kans. Iemand die handelt ondanks bewustheid van de aanmerkelijke kans, handelt met voorwaardelijk opzet. Bewustheid van een minder dan aanmerkelijke kans volstaat niet voor opzet. Indien geen sprake is van bewustheid van een *aanmerkelijke* kans, dan kan hoogstens bewuste schuld aanwezig zijn. In dat geval is zowel de cognitieve component als de daarvan afhankelijke volitieve component niet vervuld. Alleen volities die verbonden zijn met het voorzien van een aanmerkelijke kans worden in deze context als 'willen' beschouwd. De bewustheid die wordt geïmpliceerd door de term 'bewuste schuld' wordt gevormd door een mindere gradatie van bewustheid. Bewuste schuld doet zich onder meer voor

---

<sup>167</sup> Nieboer 1991, 'Schets materieel strafrecht', p. 145-182 en Strijards 1992, 'Hoofdstukken van materieel strafrecht', p. 111-134. Zie Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 224-225.

<sup>168</sup> In paragraaf 4.7 ga ik nader in op het analytische verband tussen de cognitieve en de volitieve component.

<sup>169</sup> Nieboer 1991, 'Schets materieel strafrecht', p. 155.

als iemand handelt terwijl hij zich bewust is van een niet-aanmerkelijke kans op het intreden van het gevolg. Daarbij kan gedacht worden aan de in paragraaf 3.5 te bespreken hiv-arresten. Daarnaast kan sprake zijn van bewuste schuld als iemand welbewust door rood licht rijdt zonder dat hij de dood van een ander voorziet. Handelen ondanks deze mindere gradatie van bewustheid is onvoldoende om de volitieve component te vervullen.

### 3.4.3 De volitieve opzettheorie

De volitieve theorie die wordt uitgedragen in het handboek van Rummelink gaat er eveneens van uit dat opzet een psychisch begrip is.<sup>170</sup> In de visie van Rummelink wordt een centrale rol toegekend aan de volitieve component. Zowel bij voorwaardelijk opzet als bij bewuste schuld is voldaan aan de cognitieve component: het verschil tussen opzet en schuld scharniert uitsluitend om de volitieve component. Voorwaardelijk opzet doet zich volgens Rummelink voor als de actor voor zichzelf heeft uitgemaakt dat hij zijn handeling wil, ook indien daaraan dat overigens niet door hem begeerde gevolg mocht blijken vast te zitten. Als hij desnoods dit gevolg wil, liever dan afzien van zijn daad, dan is zijn opzet ook op dit gevolg gericht. Bewuste schuld is aanwezig als de actor aan het funeste gevolg wél denkt, maar zijn daad toch aandurft, omdat hij in de verwezenlijking daarvan niet gelooft en haar zou nalaten als hij het intreden wél verwachtte. Rummelink illustreert zijn opvatting met een voorbeeld dat betrekking heeft op doodslag in het verkeer:

“Dit kan het geval zijn bij een automobilist, die met grote snelheid door een drukke straat rijdt om zijn trein nog te halen. De mogelijkheid van een aanrijding flitst door zijn brein, maar wordt teruggedrongen door de overweging, dat hij het al zo dikwijls deed zonder ongelukken, dat immers het verkeer goed geregeld is en dat juist bij drukte iedereen goed oplet, enz. Overrijdt hij dan toch iemand, dan is er plaats voor het aannemen van bewuste culpa. Rijdt hij zo snel, omdat hij door de politie achtervolgd wordt en à tout prix ontkomen wil, dan is bij een aanrijding opzet aanwezig te achten. Dat gevolg neemt hij op de koop toe, die prijs betaalt hij, mits hijzelf maar ontkomt.”<sup>171</sup>

Rummelink betoogt vervolgens dat het wilselement bij voorwaardelijk opzet geheel aanwezig is, terwijl het kenniselement afgezwakt is tot een slechts beseffen van de mogelijkheid van een gevolg. Bij bewuste schuld is het ‘weten’ hetzelfde, maar het ‘willen’ ontbreekt geheel. In tegenstelling tot de cognitieve theorie bestaat er derhalve geen analytisch verband tussen de cogni-

<sup>170</sup> Rummelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 201-241. Zie Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid herovertogen’, p. 225-227.

<sup>171</sup> Rummelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 205.

tieve en de volitieve component. Het verschil tussen opzet en schuld scharniert enkel om de volitieve component.

Het is de vraag hoe deze allesbeslissende volitieve component geïnterpreteerd moet worden. Rummelink hecht grote waarde aan de houding die de actor ten aanzien van het gevolg inneemt. Een culpose actor zou het verschrikkelijk vinden als een voetganger omkwam: hij wil de dood van de voetganger niet. Een doleuze actor staat daarentegen onverschillig tegenover het leven van de voetganger: hij wil zijn dood. De culpose actor hoopt op een goede afloop, terwijl de doleuze actor het gevolg aanvaardt.

De voor de volitieve component benodigde houding wordt vastgesteld aan de hand van een criterium dat betrekking heeft op een hypothetische situatie. De doleuze actor *zou* de gedraging ook doorzetten als hij het gevolg met zekerheid verwachtte.<sup>172</sup> De culpose actor *zou* bij zekerheid over het gevolg juist afzien van zijn handeling. Rummelink lijkt te suggereren dat de actor zich daadwerkelijk dient af te vragen wat hij zou doen als hij het intreden van het gevolg met zekerheid verwachtte.<sup>173</sup> Dat brengt mee dat de volitieve component in twee gevallen wordt aangetast. Dat doet zich in de eerste plaats voor als de actor voor zichzelf heeft uitgemaakt dat hij niet zou handelen als hij zekerheid had over het intreden van het gevolg. De volitieve component wordt in de tweede plaats aangetast als de actor in het geheel niet heeft nagedacht over de vraag wat hij zou doen bij meer zekerheid.

#### 3.4.4 De normatieve opzettheorie

Het is van belang eerst te specificeren wat in deze context onder 'normatief' wordt verstaan, want de term wordt niet altijd in dezelfde betekenis gebruikt in juridische beschouwingen. De term 'normatief' wordt hier in navolging van Peters gebruikt om uit te drukken dat opzet geen psychisch begrip is.<sup>174</sup> Opzet is een normatief begrip als de rechter bij het bewijs van opzet niet noodzakelijkerwijs een uitspraak hoeft te doen over een geestesgesteldheid.<sup>175</sup> Deze definitie brengt tot uitdrukking dat het normatieve karakter betrekking heeft op het materiële recht. Volgens de normatieve theorie is het probandum niet-psychisch van aard. Het enkele feit dat opzet wordt bewezen aan de hand van objectieve gegevens brengt derhalve niet mee dat het opzetbegrip normatief van aard is.<sup>176</sup> Als het gebruik van objectieve gegevens zoals getuigenverklaringen als doel heeft iets te zeggen over de vraag of de verdachte beschikt heeft over een geestesgesteldheid die strafrechtelijk opzet oplevert, dan is het opzetbegrip wel degelijk psychisch van aard.

---

<sup>172</sup> In paragraaf 5.3.2 ga ik nader in op dit criterium.

<sup>173</sup> In paragraaf 5.3.3 bespreek ik een toets die geen betrekking heeft op het daadwerkelijke denkproces van de actor.

<sup>174</sup> Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht', p. 45-46.

<sup>175</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 234.

<sup>176</sup> Vgl. Blomsma 2012, 'Mens rea and defences in European criminal law', p. 130.

De normatieve opzettheorie wordt hier gerelateerd aan geruime tijd geleden verschenen drukken van de handboeken van Kelk, De Hullu en De Jong & Knigge.<sup>177</sup> De in de handboeken neergelegde opvattingen kunnen het best geduid worden tegen de achtergrond van de proefschriften van Peters en Brouns.<sup>178</sup> In beide proefschriften wordt een lans gebroken voor een normatieve interpretatie van opzet.

Peters brak radicaal met de uit de wetsgeschiedenis voortvloeiende opvatting dat opzet een psychisch begrip is.<sup>179</sup> Volgens Peters is opzet niets anders dan het toekennen van sociale betekenis aan de gedraging van de actor. Dat betekent dat het mogelijk is de sociale betekenis van doodslagopzet toe te kennen aan een gedraging, hoewel geen sprake is van opzet (in psychische zin).<sup>180</sup> In lijn met deze normatieve opvatting betoogt Peters dan ook dat afstand gedaan zou moeten worden van de psychische termen 'willen' en 'weten'. In paragraaf 8.6.3.5.c zal ik iets uitgebreider stilstaan bij de opvatting van Peters.

Brouns' visie op opzet komt duidelijk naar voren in de eerste drie stellingen bij zijn proefschrift:<sup>181</sup> (1) Opzet is niet alleen 'weten', maar ook 'willen'. (2) Opzet is geen geestesgesteldheid. (3) Opzet differentieert zich inhoudelijk naar gelang het delict waarvan het bestanddeel is. Brouns houdt – anders dan Peters – vast aan het klassieke begrippenkader, maar pleit voor een niet-psychische invulling van 'willen' en 'weten'. Volgens Brouns varieert de inhoud van 'willen' en 'weten' van delict tot delict. Brouns' normatieve visie kan het best worden begrepen tegen de achtergrond van het feit dat hij geen scherp onderscheid maakt tussen het begrip opzet (materieel recht) en de wijze waarop opzet wordt bewezen (bewijsrecht). Bepaalde objectieve om-

<sup>177</sup> Kelk 1998, 'Studieboek materieel strafrecht', p. 163-220; De Hullu 2000, 'Materieel strafrecht', p. 193-265; en De Jong & Knigge 2003, 'Het materiële strafrecht', p. 97-139. Zie Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 227-229. Al deze handboeken zijn intussen ingrijpend herzien. Het verdient opmerking dat de in de recente drukken neergelegde visies mogelijk minder goed te plaatsen zijn in dit raamwerk.

<sup>178</sup> De Jong 2009, 'Daad-Schuld', p. 35 betoogt dat de in de handboeken neergelegde opvattingen niet als geheel normatief gekarakteriseerd moeten worden, omdat de auteurs uitgaan van een psychisch opzetbegrip (met normatieve aspecten). Toegegeven moet worden dat de auteurs op bepaalde plaatsen de indruk wekken uit te gaan van een psychisch opzetbegrip. Ik heb bij mijn duiding betekenis toegekend aan het feit dat de auteurs regelmatig teruggrijpen op de opvattingen van Peters en Brouns. Kelks woordkeuze verraaft de invloed van Peters. De Hullu en De Jong & Knigge leunen meer op Brouns. Peters en Brouns laten er geen misverstand over bestaan dat opzet in hun visie geen betrekking heeft op een psychische gesteldheid.

<sup>179</sup> Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht'. Zie Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 241-252.

<sup>180</sup> Dit wordt kernachtig verwoord in de Engelse samenvatting. Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht', p. 315 stelt: "It is possible, then, that an act has the meaning of 'intentional homicide', just because what has been done 'goes for' intentional homicide, although the actor did not have the intention to kill."

<sup>181</sup> Brouns 1988, 'Opzet in het wetboek van strafrecht'. Zie Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 252-261.

standigheden die worden gebruikt om opzet te bewijzen, maken in deze benadering deel uit van het opzetbegrip. Dat vormt mogelijk een verklaring voor zijn opvatting dat het belang van 'willen' en 'weten' van delict tot delict varieert. Het is goed denkbaar dat bij het bewijs van sommige delicten het 'willen' domineert, terwijl bij andere delicten het cognitieve aspect meer op de voorgrond staat.

De handboekschrijvers die centraal staan in deze paragraaf gaan verder op de door Peters en Brouns ingeslagen weg. Alle auteurs verwerpen de opvatting dat opzet een volledig psychisch begrip is. Ze doen echter geen afstand van de traditionele psychische termen 'willen' en 'weten'. De traditionele begrippen worden simpelweg op normatieve wijze geherdefinieerd. Alle handboeken sluiten aan bij Brouns' opvatting dat 'willen' en 'weten' kunnen variëren van delict tot delict. Het blijft echter onduidelijk waarom, wanneer en hoe de volitieve en cognitieve component variëren. Dat maakt het bijzonder lastig de normatieve theorie af te zetten tegen de twee eerder besproken psychische theorieën. In algemene zin kan gesteld worden dat de normatieve opzettheorie in één opzicht ruimer is dan de bovenbesproken theorieën. Aangezien opzet geen psychisch begrip is, kan het zich voordoen dat de volitieve en cognitieve component vervuld zijn hoewel geen sprake is van 'willen' of 'weten' in psychische zin. Dat neemt niet weg dat de normatieve opzettheorie in andere opzichten minder ruim zou kunnen zijn. Een psychische gesteldheid die in een van de psychische theorieën als opzet geldt, hoeft niet altijd opzet in normatieve zin op te leveren.

### 3.5 De benadering van de Hoge Raad

In alle bovenbesproken handboeken werd de suggestie gewekt dat de omlijning van het opzetbegrip in overeenstemming was met de wetsgeschiedenis en het positieve recht. Het bleek echter dat de termen 'willen' en 'weten' door de vertegenwoordigers van de drie stromingen volstrekt verschillend werden geïnterpreteerd. De vraag welke visie de beste interpretatie van het toenmalige positieve recht oplevert, zal ik hier niet bespreken. De geanalyseerde handboeken zijn tot op zekere hoogte verouderd, aangezien de Hoge Raad zich nadien explicieter heeft uitgelaten over het opzet. In deze paragraaf sta ik kort stil bij deze rechtspraak.

In 2003 deed de Hoge Raad uitspraak in twee belangrijke hiv-zaken.<sup>182</sup> In Hiv-arrest II had het Hof de verdachte veroordeeld voor poging tot doodslag wegens het hebben van onbeschermd seksuele gemeenschap. Het Hof meende dat een aanmerkelijke kans bestond dat het slachtoffer ten gevolge van het seksuele contact met de met het hiv-virus geïnfecteerde verdachte zou komen te overlijden. Bij het bepalen van de aanmerkelijkheid van de kans nam het Hof de zwaarte van het in het geding zijnde rechtsbelang – het men-

---

<sup>182</sup> HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049 (Hiv-arrest I) en HR 24 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8058 (Hiv-arrest II).

selijk leven – in aanmerking. Deze interpretatie was in overeenstemming met bepaalde in de doctrine verdedigde visies waarbij het begrip ‘aanmerkelijke kans’ werd geïnterpreteerd als ‘onaanvaardbare kans’.<sup>183</sup> In deze visie kan zelfs een geringe kans een onaanvaardbare kans opleveren als een belangrijk rechtsgoed als het leven in het geding is. De Hoge Raad verwierp deze interpretatie echter. De Hoge Raad oordeelde dat er geen grond is de inhoud van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. Het zal in alle gevallen moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk is te achten.

In beide arresten casseerde de Hoge Raad de veroordeling wegens poging tot doodslag. Daarbij sloeg de Hoge Raad acht op de incubatietijd na een besmetting en de onzekerheid of de toen bestaande behandelingen het optreden van aids blijvend zouden kunnen voorkomen. In Hiv-arrest II liet de Hoge Raad echter doorschemeren dat wél uit de gebezigde bewijsmiddelen zou kunnen worden afgeleid dat de verdachte een aanmerkelijke kans in het leven heeft geroepen dat de slachtoffers met het hiv-virus zouden worden besmet en aldus zwaar lichamelijk letsel zouden oplopen. Uit de bewijsmiddelen volgt dat het daarbij gaat om een kansgrootte van circa 0,4 procent (1 op 250).

De Hoge Raad heeft in Hiv-arrest III en Hiv-arrest IV echter afstand genomen van deze lijn.<sup>184</sup> In Hiv-arrest III oordeelde de Hoge Raad dat er in hiv-gevallen alleen sprake kan zijn van een aanmerkelijke kans indien zich bijzondere, risicoverhogende omstandigheden voordoen. In Hiv-arrest IV nam het Hof een aanmerkelijke kans aan, omdat de besmettingskans van 1 op 200 tot 300 nog aanzienlijk werd vergroot door het veelvuldige seksuele contact tussen de verdachte en zijn partner. De Hoge Raad ging hier echter niet in mee en overwoog het volgende: “Dat de verdachte en zijn partner veelvuldig seksuele contacten hebben gehad (...) kan weliswaar als een zekere verhoging van vorenbedoeld risico worden beschouwd, maar [kan] niet worden aangemerkt als een bijzondere, risicoverhogende omstandigheid”. De Hoge Raad sprak vervolgens zelf vrij.

Het arrest laat onduidelijkheid bestaan over de vraag welke kansgrootte de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ markeert. Duidelijk is dat het *veelvuldig* nemen van de in dat arrest genoemde kans van 1 op 200 tot 300 niet voldoende is, maar uit het arrest blijkt niet hoe vaak seksueel contact heeft plaatsgevonden. Het komt mij voor dat de Hoge Raad de cumulatieve kans behoorlijk bagatelliseert door te spreken van “een zekere verhoging” die zou plaatsvinden na het veelvuldig hebben van seksueel contact. Cumulatieve kansgroottes van iets hoger dan respectievelijk 10 procent, 25 procent, 50 procent of 70 procent kunnen worden bereikt indien een kans

<sup>183</sup> Zie bijv. Nieboer 1978, ‘Wetens en willens’, p. 19; Strijards 1983, ‘Facetten van dwaling in het strafrecht’, p. 71-73; en De Jong 2000, ‘Groeierende aandacht voor het materiële strafrecht?’

<sup>184</sup> HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1860 (Hiv-arrest III) en HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9659 (Hiv-arrest IV).

van 0,5 procent (1 op 200) respectievelijk 22 keer, 58 keer, 139 keer of 241 keer wordt genomen.<sup>185</sup> Dat lijkt mij niet alleen een substantiële verhoging op te leveren, maar het gaat in de hogere regionen ook om kansgroottes die op zichzelf beschouwd substantieel genoemd mogen worden.

Er kan geconcludeerd worden dat de latere hiv-arresten onduidelijkheid laten bestaat over de vraag welke kansen als aanmerkelijk moeten worden beschouwd in deze context en in andere contexten. De in de eerdere hiv-arresten uitgezette lijn dat de inhoud van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ niet zou moeten afhangen van de aard van het gevolg is echter niet verlaten door de Hoge Raad.<sup>186</sup> Dat betekent dat de minimaal vereiste kansgrootte niet varieert van delict tot delict.

In hoofdstuk 7 zal ik uitgebreid stilstaan bij het begrip ‘aanmerkelijke kans’. Ik zal in de eerste plaats aandacht besteden aan de vraag of voorwaardelijk opzet een objectief kansvereiste heeft. In de tweede plaats bespreek ik een door mij gehouden empirisch onderzoek onder strafrechtjuristen naar de gewenste ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’. Ten slotte ga ik in op de vraag welk perspectief moet worden ingenomen bij het bepalen van de aanmerkelijke kans in objectieve zin. Het begrip ‘aanmerkelijke kans’ speelt vervolgens een belangrijke rol bij de in hoofdstuk 8 besproken toetsing van de feitenrechtspraak.

De hiv-jurisprudentie is niet alleen van belang in verband met het leerstuk van de ‘aanmerkelijke kans’. In Hiv-arrest I gaf de Hoge Raad een aantal belangrijke fingerwijzingen met betrekking tot de inhoud en het bewijs van opzet. In HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862 (Jansen Steur) bevestigde de Hoge Raad dat dit toetsingskader nog steeds geldt. Het toetsingskader wordt hieronder weergegeven:

“Voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg – zoals hier de dood – is aanwezig indien de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dat gevolg zal intreden. (...)”

Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans is niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen). Uit de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is dan wel bij hem moet worden verondersteld, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust

---

<sup>185</sup> Deze cumulatieve binomiale kansgroottes kan men gemakkelijk bepalen via een online rekenmodule. Zie bijv. <[stattrek.com/online-calculator/binomial.aspx](http://stattrek.com/online-calculator/binomial.aspx)>. Aan deze berekening ligt de veronderstelling ten grondslag dat de individuele kansen onafhankelijk van elkaar zijn. Deze assumptie pleegt ook te worden gemaakt in aan hiv-besmetting gewijd onderzoek. Vgl. Lasry e.a. 2014, ‘HIV sexual transmission risk among serodiscordant couples: assessing the effects of combining prevention strategies’, p. 1523-1524.

<sup>186</sup> Zie bijv. HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862 (Jansen Steur).

heeft aanvaard, omdat in geval van die wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld.

Van degene die weet heeft van de aanmerkelijke kans op het gevolg, maar die naar het oordeel van de rechter ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden, kan wel worden gezegd dat hij met (groe) onachtzaamheid heeft gehandeld maar niet dat zijn opzet in voorwaardelijke vorm op dat gevolg gericht is geweest.

Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet zal, indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.”<sup>187</sup>

Het is de vraag welke van de in paragraaf 3.4 besproken opzettheorieën de beste verklaring biedt voor de sinds dit arrest geldende benadering van de Hoge Raad. Het laat zich aanzien dat de normatieve opzettheorie het moeilijkst te verenigen is met deze uitspraak. Het valt in de eerste plaats op dat de Hoge Raad behoorlijk wat psychische termen gebruikt om het opzet te omlijnen.<sup>188</sup> Daarnaast hecht de Hoge Raad waarde aan de vraag of verklaringen “inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan”.

Ik wijs er nogmaals op dat uit het enkele feit dat bij het bewijs van opzet acht wordt geslagen op objectieve feiten en omstandigheden niet volgt dat opzet een normatief begrip is.<sup>189</sup> Bewijs en inhoud moeten niet met elkaar verward worden. De vraag *wat* moet worden bewezen (materieel recht) en de vraag *hoe* dat moet worden bewezen (bewijsrecht), behoren tot een verschillend domein. Uit de Hoge Raads vingerwijzing dat acht geslagen kan worden op de uiterlijke verschijningsvorm indien verklaringen van de verdachte of eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, volgt allerm minst dat opzet geen psychisch begrip is. Een plausibele interpretatie van de passage is dat de voor opzet vereiste psychische gesteldheid uit verklaringen en gedragingen moet worden afgeleid.<sup>190</sup> Verklaringen en gedragingen zijn (feilbare)

<sup>187</sup> HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049 (Hiv-arrest I).

<sup>188</sup> Hetzelfde geldt voor het zo dadelijk te bespreken Porsche-arrest.

<sup>189</sup> Zie paragraaf 3.4.4. Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 233-240.

<sup>190</sup> Vgl. Rozemond 2010, ‘Literatuurbespreking: Ferry de Jong, Daad-Schuld’, p. 493-494.



methodes die inzicht beogen te geven in wat zich al dan niet in het hoofd van de verdachte heeft afgespeeld.<sup>191</sup>

Als het toetsingskader van de Hoge Raad het meest in lijn is met een psychische interpretatie van opzet, dan is het vervolgens de vraag welke van de twee psychische theorieën het best past bij dit toetsingskader. Op het eerste gezicht lijkt de Hoge Raad het meest te voelen voor een volitieve benadering van opzet.<sup>192</sup> De Hoge Raad stelt namelijk expliciet dat wetenschap zich zowel bij opzet als bij schuld kan voordoen. Dat brengt volgens de Hoge Raad mee dat de bewuste aanvaarding niet zonder meer kan volgen uit wetenschap. Tot zover laat de uitspraak van de Hoge Raad niets aan duidelijkheid te wensen over. De Hoge Raad laat echter na een adequaat volitief criterium te bieden waarmee voorwaardelijk opzet onderscheiden kan worden van bewuste schuld. In hoofdstuk 4 betoog ik dat het nog steeds pleitbaar is een cognitieve interpretatie van het door de Hoge Raad gehanteerde opzetbegrip te geven. In hoofdstuk 5 staat een volitieve interpretatie van het opzetbegrip centraal. Daar zal ik onder meer betogen dat de Hoge Raad lijdt aan cryptocognitivism, wat wil zeggen dat hij in wezen een cognitieve interpretatie van voorwaardelijk opzet voorstaat.

### 3.6 De Porschezaak

Het verhaal van de Porschezaak vangt aan op 3 april 1994 omstreeks 17.00 uur toen de verdachte, een 26-jarige verkoper van tweedehands auto's, naar het huis van een vriend van hem rijdt.<sup>193</sup> Nadat de verdachte zijn vriend heeft geholpen met het verplaatsen van enige spoilers voor Porsches bezoeken de vrienden vier kroegen in de Porsche 928s van de vriend. In elke kroeg drinken de beide mannen een aantal biertjes. Na het laatste bezoek beginnen de twee mannen aan een levensgevaarlijke rit die uiteindelijk aan vijf mensen het leven zou kosten.

Getuigen verklaarden dat de Porsche met piepende en rokende banden door bochten was gereden, dat gereden was met excessieve snelheden, dat met onverminderde snelheid door rode lichten was gereden en dat voorsorteervakken waren gebruikt om in te halen. Op de weg waarop het ongeval zou plaatsvinden, nadert de Porschebestuurder een aantal auto's zeer dicht om deze vervolgens in te halen door scherp naar de strook voor het tegemoetkomende verkeer te sturen en daarna weer naar rechts te zwenken. Omstreeks 19.40 uur krijgt de bestuurder van een Seat door dat een Porsche zijn auto zeer dicht aan de achterkant is genaderd. De bestuurder verklaarde dat de Porsche een drietal inhaalmanoeuvres afbrak, waarbij hij vrij abrupt naar

---

<sup>191</sup> In mijn proefschrift heb ik betoogd dat de voor opzet vereiste psychische gesteldheid in de regel goed kan worden vastgesteld. Zie Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 271-296.

<sup>192</sup> Vgl. noot Mevis onder HR 17 mei 2016, NJ 2017, 67 (Jansen Steur).

<sup>193</sup> De omschrijving van de feiten is gebaseerd op het arrest van de Hoge Raad (HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199) en het oorspronkelijke dossier.

links stuurde en meteen weer naar rechts ging. De vierde inhaalpoging van de Porschebestuurder resulteert uiteindelijk in een frontale botsing met een Volvo 340 DL.

De Porsche was volledig op de andere rijstrook terechtgekomen toen deze in botsing kwam met de Volvo. Alle vier inzittenden van de Volvo, twee echtparen die familie van elkaar waren, kwamen onmiddellijk te overlijden. De eveneens in de Porsche gezeten vriend van de verdachte overleed kort daarna. De gewonde verdachte verlaat het brandende wrak van de Porsche en slaat op de vlucht. Hij wordt omstreeks 23.00 uur aangehouden in het ziekenhuis. Om 0.15 uur wordt een bloedmonster afgenomen. Zijn bloedalcoholgehalte bleek 0,72 promille te zijn. De verdachte verklaart eerst dat een onbekende man had gereden, maar later beweert hij dat zijn vriend de bestuurder was geweest.

De botsing vond plaats op een rechte weg met een snelheidslimiet van 80 kilometer per uur. Het was nog licht en tegenliggers waren duidelijk zichtbaar. De lichten van de Volvo waren ingeschakeld. De Porsche had een remspoor van 21,30 meter afgetekend en de Volvo had geen remsporen achtergelaten. De politie schatte dat de Volvo tussen de 70 en 75 kilometer per uur had gereden. Daarnaast werd geschat dat de snelheid van de Porsche met 64 kilometer per uur was afgenomen tijdens het remmen. De verdachte verklaarde dat de oorspronkelijke snelheid van de auto tussen de 120 en 130 kilometer per uur had gelegen.

Het Hof Den Bosch veroordeelt de verdachte ter zake van doodslag (meermalen gepleegd) en legt zes jaar gevangenisstraf op. Het Hof maakt slechts weinig woorden vuil aan de bewijsmotivering van opzet. Het Hof memoreert dat met de Porsche kort voor de aanrijding met hoge snelheid is gereden, dat er tweemaal door rood licht is gereden, dat er zich gevaarlijke inhaalmanoeuvres hebben voorgedaan en dat de verdachte kort tevoren alcoholhoudende drank had gedronken. Het Hof stelt vervolgens dat voorwaardelijk opzet op de dood van "andere verkeersdeelnemers" kan worden afgeleid uit het feit dat hij "op voormelde wijze" aan het verkeer had deelgenomen.

Twee dingen vallen op aan de overweging van het Hof. In de eerste plaats wordt het opzet niet betrokken op de personen die daadwerkelijk om het leven zijn gekomen, maar wordt het opzet-object abstracter geformuleerd door te spreken van "andere verkeersdeelnemers". Daarnaast valt op dat het Hof bij het bewijs van opzet abstraheert van de botsing en sterk de nadruk legt op gedrag dat in de voorfase heeft plaatsgevonden, zoals het door rood licht rijden en het consumeren van alcohol.

In cassatie grijpt advocaat Spong de volitieve opvatting van Remmelink aan om te betogen dat het arrest vernietigd zou moeten worden. Hieronder geef ik de kern van Remmelinks opvatting, die in paragraaf 3.4.3 is besproken, in zijn eigen woorden weer:

“Niet het intreden van het gevolg is dus beslissend voor de vraag opzet of schuld, want in deze gevallen treedt dat gelijkelijk in, maar de psychische gesteldheid van de dader op het moment van zijn gedraging. Bij voorwaardelijk opzet is het wilselement geheel aanwezig; het kenniselement is echter afgezwakt tot een slechts beseffen van de mogelijkheid van een gevolg. Bij bewuste culpa is het weten hetzelfde, maar het wilselement ontbreekt geheel.”<sup>194</sup>

Spong betoogt dat het aanvaarden van voorwaardelijk opzet in verkeersdrama's als deze, in het bijzonder het wilselement daarvan, zich slecht verhoudt met de veronderstelde wil tot leven van de verdachte. Vervolgens stelt Spong dat bij de vraag of de volitieve component van opzet is vervuld niet zozeer beslissend dient te zijn welk rijgedrag kort voor de aanrijding is vertoond, maar veeleer welk rijgedrag tijdens de aanrijding of onmiddellijk daaraan voorafgaand heeft plaatsgevonden. Het tweemaal door rood licht rijden, wat ongeveer tien minuten voor het ongeval plaatsvond, is volgens Spong te ver verwijderd om als bewijsfactor voor de volitieve component dienst te doen. Daarnaast betoogt Spong dat het onbegrijpelijk is dat het Hof het alcoholgebruik redengevend heeft geacht voor het opzet.

Advocaat-Generaal Meijers laat zich in zijn conclusie kritisch uit over de door Spong opgeworpen argumenten. Als eerste stelt hij dat het Hof het feit dat de verdachte behoorlijk wat alcoholhoudende drank had gebruikt terecht redengevend heeft geacht voor het bewijs van opzet. Hij wijst er daarbij op dat het gaat om een complex van ernstige en gevaarlijke gedragingen. Vervolgens gaat Meijers in op de vraag welke gedragingen van belang zijn voor de beoordeling van opzet:

“Het eerste punt (alleen het rijgedrag *bij* en niet dat *vóór* de aanrijding is relevant) is evenmin moeilijk te pareren. Het beeld van het rijden van verzoeker wordt bepaald door de omstandigheden, die het hof vermeldt. Die omstandigheden horen bij elkaar. Zij verraden de mentaliteit van een cynisch en rücksichtlos op de koop toenemen van ernstige gevolgen, zoals die op een drukke weg te verwachten zijn. Deze, uit de vastgestelde verkeersgedragingen van verzoeker sprekende, mentaliteit mag (ik zou haast zeggen: moet) in strafrechtelijke zin vooral uit maatschappelijke overwegingen, die met repressie en met zowel speciale als generale preventie te maken hebben, worden vertaald in opzet, al dan niet in zijn ‘voorwaardelijke’ vorm. Vgl. A.A.G. Peters in *Opzet en schuld in het strafrecht* (1966), p. 114. Het middel komt tevergeefs tegen het feitelijke en, in het licht van de vastgestelde omstandigheden, geheel begrijpelijke oordeel van het hof op, zodat ook dit onderdeel faalt.”<sup>195</sup>

---

<sup>194</sup> R Emmelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 205.

<sup>195</sup> Conclusie Advocaat-Generaal Meijers bij HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199 (punt 7).

Meijers zoekt aldus aansluiting bij Peters' normatieve opvatting van opzet.<sup>196</sup> Hij gaat daarbij wel een behoorlijke stap verder. Hoewel Peters opzet inderdaad wenst te herleiden tot het toekennen van sociale betekenis aan een gedraging, meent hij evenzeer dat bij het toeschrijven van het in zijn ogen kleurloze begrip opzet niet moet worden vooruitgelopen op de schuldvraag.<sup>197</sup> Bij Meijers loopt de lijn van gedrag (onder meer dronken door rood licht rijden) naar het opzet (sociale betekenis) via de verwijtbaarheid (een cynische en rücksichtsloze mentaliteit). Meijers zoekt de rechtvaardiging voor het aannemen van opzet (het toekennen van sociale betekenis) in de buiten de verdachte gelegen factoren repressie en preventie. Dit sluit weer aan bij Peters' interpretatie van het schuldbegrip. Peters' visie komt er in essentie op neer dat iemand schuld heeft als verwacht mag worden dat het opleggen van straf een speciaal preventief effect heeft.<sup>198</sup> Al met al kan geconcludeerd worden dat Meijers' visie op opzet het bijzonder gemakkelijk maakt tot een bewezenverklaring te komen. De voor opzet vereiste (ernstige) verwijtbaarheid kan afgeleid worden uit een constellatie van factoren die zich gedurende een behoorlijke tijdspanne hebben gemanifesteerd. In de ogen van Meijers was het oordeel van het Hof daarom ook geheel begrijpelijk.

De Hoge Raad komt tot een ander oordeel. De Hoge Raad zet eerst in het algemeen uiteen in welke gevallen doodslag in verkeerssituaties zou kunnen worden aangenomen. Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de Porschezaak en oordeelt hij dat de bewezenverklaring van opzet onvoldoende gemotiveerd is:

“5.3 Het geval kan zich voordoen dat ten aanzien van een verdachte die door zeer gevaarlijk te rijden een ongeval met dodelijke afloop heeft veroorzaakt moet worden aangenomen dat deze de slachtoffers van dat ongeval opzettelijk van het leven heeft beroofd, zodat art. 287 Sr van toepassing is, bij welke bepaling een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren is bedreigd. Zo'n geval doet zich voor indien de verdachte zijn gedraging willens en wetens op de dood van die slachtoffers heeft gericht. Voorts kan een zodanig geval zich voordoen indien moet worden aangenomen dat de verdachte zich aan de aanmerkelijke kans dat andere verkeersdeelnemers door zijn gedraging het leven zullen verliezen willens en wetens heeft blootgesteld, met dien verstande dat hij – in plaats van erop te rekenen dat een en ander wel goed zal aflopen – de aanmerkelijke kans dat anderen door zijn gedrag het leven zullen laten desbewust heeft aanvaard en op de koop toe genomen. Dat de verdachte de aanmerkelijke kans dat anderen door zijn gedrag het leven zullen laten desbewust heeft aanvaard en op de koop toe genomen – in dit verband

---

<sup>196</sup> Zie paragraaf 3.4.4.

<sup>197</sup> Zie Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht', p. 89-92, 114-116, 121 en 142-145. Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 241-252.

<sup>198</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 249.

wordt gesproken van voorwaardelijk opzet – kan, behalve op grond van de verklaring van de verdachte, worden aangenomen op grond van bijzondere omstandigheden van het geval.

- 5.4 In gevallen als het onderhavige, dat zich hierdoor kenmerkt dat de gebezigde bewijsmiddelen nopen tot de gevolgtrekking dat de verdachte door zijn handelwijze ook zelf aanmerkelijk levensgevaar heeft gelopen, dient de rechter evenwel in zijn oordeel te betrekken dat – behoudens aanwijzingen voor het tegendeel – naar ervaringsregelen niet waarschijnlijk is dat de verdachte de aanmerkelijke kans dat een frontale botsing met een tegemoetkomende auto zal plaatsvinden, en hij als gevolg van zijn gedraging zelf het leven zal verliezen, eveneens op de koop toe neemt.
- 5.5 Gelet op het evenoverwogene en in aanmerking genomen dat de gebezigde bewijsmiddelen inhouden dat de verdachte meermalen – kennelijk om een botsing te vermijden – een ingezette inhaalmanoeuvre heeft afgebroken vooraleer de in de bewezenverklaring bedoelde fatale inhaalmanoeuvre uit te voeren, hetgeen er op wijst dat althans in de voorstelling en naar de verwachting van de verdachte laatstbedoelde manoeuvre niet tot een botsing zou leiden, behoeft de bewezenverklaring, in het bijzonder voorzover daarbij is aangenomen dat verdachtes opzet was gericht op de dood van de slachtoffers, nadere motivering.”

De hoeksteen van deze uitspraak wordt gevormd door de assumptie dat het niet waarschijnlijk is dat de verdachte de aanmerkelijke kans op zijn eigen dood op de koop toe zou hebben genomen. De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het Hof en verwees de zaak naar het Hof Arnhem. Het Hof Arnhem sprak de verdachte vrij van doodslag en veroordeelde hem wegens dood door schuld.<sup>199</sup> Het Hof wees er daarbij op dat het wettelijke strafmaximum voor het toen van toepassing zijnde art. 36 WvW 1935 geen aan de maatschappelijke strafbehoefte beantwoordende bestraffing toeliet. Het Hof stelde vervolgens dat slechts aanpassing van het strafmaximum uitkomst kon bieden, omdat de oplossing niet gezocht kon en mocht worden in het oprekken van het opzetbegrip. De toen geldende maximumstraf was vier jaar gevangenisstraf (drie jaar plus één jaar wegens meerdaadse samenloop). Het Hof legde in dit geval een gevangenisstraf op van drie jaar en acht maand, omdat op voet van art. 63 Sr rekening moest worden gehouden met een eerdere veroordeling tot vier maand gevangenisstraf.

Het verdient opmerking dat het huidige strafmaximum voor dood door schuld in het verkeer gemakkelijker recht kan doen aan de maatschappelijke strafbehoefte. Tegenwoordig kan maximaal twaalf jaar gevangenisstraf worden opgelegd als de gewone schuld (art. 175 lid 1 WvW) gepaard gaat met de strafverzwarende grond roekeloosheid (art. 175 lid 2 WvW) en een van de andere strafverzwarende gronden als dronkenschap of gevaarlijk inhalen (art. 175 lid 3 WvW), terwijl daarnaast sprake is van meerdaadse samenloop

---

<sup>199</sup> Hof Arnhem 10 maart 1997, VR 1997, 161.

### 3. Plaatsbepaling van voorwaardelijk opzet

(art. 57 Sr). Indien de roekeloosheid niet bewezen verklaard zou worden, kan nog steeds maximaal zes jaar gevangenisstraf worden opgelegd. Dat is een even hoge straf als de straf die in het vernietigde arrest van het Hof Den Bosch werd opgelegd in verband met de veroordeling wegens doodslag.



## Hoofdstuk 4

# Een cognitieve analyse van de Porschezaak

### 4.1 Inleiding

De heersende opvatting in de doctrine is dat de Hoge Raad in het Porsche-arrest de volitieve component van opzet heeft benadrukt.<sup>200</sup> Deze opvatting moet worden begrepen tegen de achtergrond van een uitsluitend volitief onderscheid tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld. Dat houdt in dat de cognitieve component bij bewuste schuld is vervuld, maar dat niet is voldaan aan de volitieve component ('weten' + 'niet willen'). Deze interpretatie van het oordeel van de Hoge Raad is in lijn met het door Spong naar voren gebrachte cassatiemiddel. Spong had op basis van Rammelinks volitieve visie betoogd dat de volitieve component van opzet zich moeilijk laat verenigen met de veronderstelde wil tot leven van de verdachte.

De algemeen aanvaarde wetenschappelijke duiding van dit arrest lijkt gestoeld te zijn op een heel eenvoudige redenering. In de eerste plaats wordt de door de Hoge Raad gedane veronderstelling dat de verdachte zichzelf en anderen niet wilde doden min of meer automatisch in verband gebracht met de afwezigheid van de volitieve component van opzet. In de tweede plaats wordt er klakkeloos van uitgegaan dat de cognitieve component van opzet vervuld moet zijn geweest. Dat brengt vervolgens mee dat het arrest perfect past in de mal die de volitieve theorie heeft voor de bewuste schuld ('weten' + 'niet willen').

In dit hoofdstuk betwist ik deze aan de volitieve duiding van het arrest ten grondslag liggende veronderstellingen. Het verband dat wordt gelegd tussen enerzijds de Hoge Raads speculaties over wat de verdachte al dan niet heeft gewild en anderzijds de volitieve component ('willen') van opzet wordt in twijfel getrokken. In plaats daarvan betoog ik dat de speculaties over wat de verdachte al dan niet heeft gewild slechts een middel vormen om iets te kun-

---

<sup>200</sup> Zie noot 't Hart onder HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199; Wedzinga 1997, 'Voorwaardelijk opzet is geen smeermiddel', p. 501; De Jong 1999, 'Het strafrechtelijke schuld-begrip: ontwikkeling of ontbinding?', p. 4; Wolswijk 2000, 'Opzet en willen; een bijdrage aan de discussie over het opzetbegrip', p. 800 en 804-805; De Jong 2009, 'Daad-Schuld', p. 348; Mevis 2009, 'Capita strafrecht: een thematische inleiding', p. 687; Hartevelt & Robroek 2012, 'Hoofdwegen door het verkeersrecht', p. 70; De Hullu 2015, 'Materieel strafrecht', p. 249; Kronenberg & De Wilde 2015, 'Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht', p. 75; Knigge & Wolswijk 2015, 'Het materiële strafrecht', p. 117; Machielse 2016, aantekening 5.3.3 over 'opzet' (NLR); en Kelk & De Jong 2016, 'Studieboek materieel strafrecht', p. 267-268.



nen zeggen over de cognitieve component ('weten') van opzet. Zo bekeken past het Porsche-arrest even goed – of beter – in de mal van de cognitieve theorie.

Ik zal deze visie toelichten door vier theses uit te werken. Deze vier theses bieden gezamenlijk een verklaring voor de uitspraak in de Porschezaak. Achtereenvolgens bespreek ik de zelfbehoudsthese (paragraaf 4.2), de gevaarperceptiethese (paragraaf 4.3), de rationaliteitsthese (paragraaf 4.4) en de onbewustheidsthese (paragraaf 4.5). In verband met deze analyse zal ik in paragraaf 4.4 langere tijd stilstaan bij een psychologische theorie (de kansintegratiethese). In hoofdstuk 5 en 8 zal ik teruggrijpen op de in dit hoofdstuk geïntroduceerde theorie. Na de uitwerking van de vier theses, maak ik de balans op in paragraaf 4.6. Ik zal betogen dat het arrest van de Hoge Raad betrokken moet worden op de cognitieve component van opzet. Paragraaf 4.7 is gewijd aan het analytische verband dat volgens de cognitieve opzettheorie bestaat tussen de cognitieve en de volitieve component. Ik sta onder meer stil bij de vraag hoe een cognitieve grens tussen opzet en schuld gerechtvaardigd kan worden. Paragraaf 4.8, ten slotte, heeft betrekking op de volitieve component in de Porschezaak. Het is de vraag wat in deze zaak gezegd kan worden over wat de bestuurder al dan niet heeft gewild.

## 4.2 De zelfbehoudsthese

1. De wil van de verdachte was niet gericht op het veroorzaken van zijn eigen dood.

De zelfbehoudsthese biedt een overtuigende verklaring voor de uitspraak van de Hoge Raad. Deze these houdt in dat menselijk gedrag over het algemeen gericht is op zelfbehoud. De zelfbehoudsthese is een plausibele psychologische aanname.<sup>201</sup> Sommige psychologen gaan zelfs zo ver te stellen dat het overlevingsinstinct – het doel om in leven te blijven – het overkoepelende doel is waarop *al* het menselijk gedrag gericht is.<sup>202</sup> Het hoeft geen betoog dat zo'n vergaande stelling moeilijk te rijmen valt met de extreem gevaarlijke verkeersgedragingen die centraal staan in dit boek. De these die in deze paragraaf als uitgangspunt wordt genomen heeft een veel bescheidener pretentie: de zelfbehoudsthese stelt enkel dat mensen over het algemeen een zeer sterk verlangen hebben om in leven te blijven. Als iemand voorziet dat bepaald gedrag gemakkelijk kan leiden tot zijn eigen dood, dan vormt dat een sterke drijfveer om af te zien van handelen.

---

<sup>201</sup> Vgl. Karni & Schmeidler 1986, 'Self-preservation as a foundation of rational behavior under risk' en Muraven & Baumeister 1997, 'Suicide, sex, terror, paralysis, and other pitfalls of reductionist self-preservation theory'. Zie voor een vergelijkbare redenering in een juridische context: Grass 1983-1984, 'Drunk-driving murder and *People v. Watson*: can malice be implied?', p. 512.

<sup>202</sup> Zie bijv. Pyszczynski, Greenberg & Solomon 1997, 'Why do we need what we need? A terror management perspective on the roots of human social motivation', p. 5.

Gezien de centrale rol die het zelfbehoudinstinct heeft bij het verklaren van gedrag, kan de zelfbehoudsthese in beginsel zonder nadere motivering worden opgevoerd. In de Porschezaak ontleent de Hoge Raad echter ook nog steun aan het feit dat de verdachte meermalen een ingezette inhaalmanoeuvre had afgebroken. De Hoge Raad kent daar een psychologische betekenis aan toe ("kennelijk om een botsing te vermijden"). Dat vormt een aanwijzing voor de validiteit van de zelfbehoudsthese in dit specifieke geval: het is aannemelijk dat het gedrag van de verdachte vlak voor het ongeval niet was gericht op het veroorzaken van een ongeval en het om het leven brengen van zichzelf. Daaraan zou nog kunnen worden toegevoegd dat er ook aanwijzingen zijn die betrekking hebben op een later stadium. Uit het sporenonderzoek kwam naar voren dat de Porsche een remspoor van 21,30 meter had afgetekend. Het op de rem trappen kan beschouwd worden als een zeer natuurlijke reactie om een aanstaande botsing te voorkomen.<sup>203</sup> Het remgedrag laat zien dat de verdachte óók op dat moment geen botsing wilde veroorzaken.<sup>204</sup>

### 4.3 De gevaarperceptiethese

- 2a. Als er een aanmerkelijke kans is dat een ander zal overlijden, dan bestaat er ook een beduidende kans dat de verdachte zelf zal overlijden.
- 2b. Als de verdachte zich bewust was geweest van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander, dan zou hij zich ook bewust geweest zijn van de beduidende kans op zijn eigen dood.

De gevaarperceptiethese heeft een objectieve component (2a) en een subjectieve component (2b). De objectieve component (2a) heeft betrekking op de verhouding tussen de objectieve kans op de dood van een ander en de objectieve kans op de dood van de verdachte zelf. De term 'objectief' beoogt uit te drukken dat het daarbij niet gaat om de inschatting van de kans door de verdachte.<sup>205</sup> De term 'subjectieve kans' is gereserveerd voor de kansinschatting van de verdachte. De subjectieve component (2b) gaat over de verhouding tussen de subjectieve kans op de dood van een ander en de subjectieve kans op de dood van de verdachte zelf.

Het is eerst van belang iets te zeggen over de objectieve kans op de dood van een ander en de objectieve kans op de dood van de verdachte zelf. De Porschezaak resulteerde uiteindelijk in een frontale botsing tussen een Porsche 928s en een Volvo 340 DL. Het is aannemelijk dat een dergelijke botsing gevaarlijker is voor de inzittenden van de Volvo dan voor de inzittenden van de Porsche, aangezien de Porsche gebouwd is voor snelheid en veel zwaarder

<sup>203</sup> Vgl. Markkula e.a. 2012, 'A review of near-collision driver behavior models', p. 1120.

<sup>204</sup> De informatie over het remspoor heb ik ontleend aan het dossier. Het Hof maakte geen gewag van het remgedrag.

<sup>205</sup> Zie paragraaf 7.2 over het onderscheid tussen de objectieve en subjectieve kans.

is dan de Volvo.<sup>206</sup> Dat neemt echter niet weg dat het met hoge snelheid frontaal op een andere auto botsen ook aanzienlijke gevaren oplevert als het een Porsche betreft. These 2a drukt de relatie tussen de twee relevante kansen als volgt uit: als er een *aanmerkelijke* kans is dat een ander zal overlijden, dan bestaat er ook een *beduidende* kans dat de verdachte zelf zal overlijden.<sup>207</sup> De kans op de dood van de Porschebestuurder wordt hier bestempeld als 'beduidend'. Deze term beoogt uit te drukken dat de kansgrootte weliswaar lager zou kunnen zijn dan de als 'aanmerkelijk' bestempelde kans op de dood van een ander, maar dat het minst genomen gaat om een serieus te nemen kans.

De subjectieve component gaat over de verhouding tussen de voor opzet vereiste geestesgesteldheid van de verdachte (bewustheid van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander) en zijn inschatting met betrekking tot de kans op zijn eigen dood. Als de verdachte zich bewust was geweest van de *aanmerkelijke* kans op de dood van een ander, dan is het zeer waarschijnlijk dat hij zich ook bewust geweest zou zijn van de *beduidende* kans op zijn eigen dood. Deze conclusie kan verder versterkt worden door de zelfbehoudsthese in aanmerking te nemen. Vanuit een zelfbehoudperspectief bezien is het belangrijker gevaar voor zichzelf te onderkennen dan gevaar voor (niet-verwante) anderen. Het percipiëren van gevaar voor zichzelf vormt een essentieel overlevingsmechanisme. Vanuit evolutionair perspectief bezien kan het zelfs voordelig zijn om het gevaar voor zichzelf te overschatten, aangezien men beter het zekere voor het onzekere kan nemen.<sup>208</sup> De prijs van het overschatten van gevaar is veel lager dan de prijs van het onderschatten van gevaar: één enkele onderschatting kan immers al fataal zijn. Al met al is het moeilijk voorstelbaar dat de voor opzet vereiste bewustheid van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander aanwezig is, terwijl de verdachte tegelijkertijd niet inziet dat de gedraging ook voor hemzelf levensgevaarlijk is.

De bovenstaande redenering is opgehangen aan de inzittenden van de Volvo. Het verdient echter opmerking dat de eveneens in de Porsche gezeten vriend van de verdachte ook door het ongeval om het leven is gekomen. Het Hof Den Bosch achtte ook bewezen dat het opzet van de verdachte gericht was geweest op het doden van deze rijder. De dood van de rijder onderstreept in de eerste plaats de gevaarlijkheid van de botsing die plaatsvond.

<sup>206</sup> Vgl. Evans 1994, 'Driver injury and fatality risk in two-car crashes versus mass ratio inferred using Newtonian mechanics'. De zwaardere auto zal de lichtere auto naar achteren drukken. Dat brengt mee dat de inzittenden van de lichtere auto blootgesteld zullen worden aan een snellere afname van de snelheid (deceleratie).

<sup>207</sup> Het gaat hier nadrukkelijk om de kans op de dood, gegeven het feit dat er een frontale botsing plaatsvindt. Over de vraag of er in deze zaak überhaupt sprake was van een aanmerkelijke kans op de dood van een ander kan getwist worden. Daarbij is in het bijzonder van belang welk perspectief wordt ingenomen bij het bepalen van de objectieve kans. Zie daarover paragraaf 7.5.

<sup>208</sup> Vgl. Gilbert 1998, 'The evolved basis and adaptive functions of cognitive distortions'. Otte 2001, 'Opzet en schuld in het verkeer', p. 11 betoogt het tegenovergestelde ten aanzien van de Porschezaak: "De zwakte van de hulpregel van de hoge raad is gelegen in de algemene ervaringsregel dat men met betrekking tot eigen behoud grenzeloos optimistisch is (men kan de eigen dood moeilijk voorstellen)."

Daarnaast geldt dat het zo mogelijk nog moeilijker voor te stellen is dat de verdachte zich wél bewust is geweest van de aanmerkelijke kans op de dood van zijn bijrijder, hoewel hij zich niet bewust is geweest van de (bijna) even grote kans op zijn eigen dood.

#### 4.4 De rationaliteitsthese: de kansintegratietheorie

- 3a. De verdachte zou de optie die gepaard gaat met een beduidende kans op zijn eigen dood minder wenselijk achten dan andere opties.
- 3b. De verdachte zou niet kiezen voor de minst wenselijke optie.
- 3c. Ergo, hij zou niet handelen ondanks de bewustheid van een beduidende kans op zijn eigen dood.

##### 4.4.1 De kansintegratietheorie

Volgens de causale handelingstheorie wordt intentioneel gedrag (op de juiste wijze) veroorzaakt door de wensen en overtuigingen van de actor.<sup>209</sup> Het feit dat iemand naar de winkel gaat om een computer aan te schaffen kan causaal verklaard worden door zijn wens een computer te kopen en zijn overtuiging dat hij deze computer daar kan kopen. In een nog te verschijnen publicatie zal ik betogen dat de overtuigendste psychologische verklaring van menselijk gedrag wordt gegeven door wat ik zal aanduiden als de kansintegratietheorie.<sup>210</sup> Deze theorie is een preciezere, beslissingstheoretische versie van de causale handelingstheorie. Op deze plaats zal ik volstaan met een beknopte schets van de kansintegratietheorie.

<sup>209</sup> Vgl. Davidson 1980, 'Essays on actions and events', p. 3-19; Mele 1992, 'Springs of action: understanding intentional behavior'; en Moore 1993 'Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law'.

<sup>210</sup> De kansintegratietheorie is een subjectieve, psychologische versie van de Expected Value Theory. In de laatstgenoemde theorie staat het maximaliseren van de verwachtingswaarde op basis van objectieve kansen en utiliteiten centraal. De kansintegratietheorie lijkt op het eerste gezicht verwantschap te vertonen met de Subjective Expected Utility Theory (zie Savage 1954, 'The foundations of statistics'), maar er bestaan belangrijke verschillen. De laatstgenoemde rationele keuzetheorie is weliswaar subjectief van aard, maar zij is geen psychologische theorie. Deze theorie betreft een op het behaviorisme geïnspireerde wiskundige theorie over de representatie van subjectieve kansen en utiliteiten. Deze theorie heeft primair een normatieve functie: het belangrijkste doel is gelegen in het detecteren van inconsistenties tussen verschillende keuzes. De theorie die centraal staat in dit boek (de kansintegratietheorie) heeft echter als doel om menselijk gedrag te beschrijven en te voorspellen. De theorie is ook van toepassing op unieke, eenmalige keuzes. Zie voor soortgelijke psychologische theorieën: Mellers & McGraw 2001, 'Anticipated emotions as guides to choice'; Ajzen & Fishbein 2008, 'Scaling and testing multiplicative combinations in the expectancy-value model of attitudes'; en Weiss, Weiss & Edwards 2010, 'A descriptive multi-attribute utility model for everyday decisions'.

Het eerste uitgangspunt van deze theorie is de these dat de wenselijkheid gemaximaliseerd wordt (maximaliseringsprincipe). Als een actor een keus maakt uit meerdere opties, dan zal hij altijd kiezen voor de optie die wenselijker is dan (of ten minste net zo wenselijk is als) welke andere optie dan ook.<sup>211</sup>

Het tweede uitgangspunt van de kansintegratietheorie specificeert hoe een actor de wenselijkheid van opties en mogelijkheden bepaalt. Een *optie* (bijvoorbeeld het inhalen van een auto) kan verschillende *mogelijkheden* in zich bergen. Hier zouden bijvoorbeeld twee mogelijkheden kunnen worden onderscheiden: de eerste mogelijkheid is dat een botsing plaatsvindt; de tweede mogelijkheid is dat geen botsing plaatsvindt. De wenselijkheid van een bepaalde mogelijkheid wordt volgens de theorie door twee factoren bepaald: de overtuiging en de waardering. De *overtuiging* is een vaststelling van de kansgrootte van de mogelijkheid. De *waardering* is een vaststelling van de mate waarin een mogelijkheid wordt gewaardeerd. Ik ga ervan uit dat het mogelijk is getallen toe te kennen aan overtuigingen en waarderingsgraden. Deze getallen vormen een uitdrukking van de sterkte van een geestesgesteldheid.

De *overtuigingsgraad* (overtuiging) vormt een uitdrukking van de cognitieve psychische act. De overtuigingsgraad is gemodelleerd naar de schaal die wordt gebruikt om objectieve kansen uit te drukken. Iemand die er volledig van overtuigd is dat mogelijkheid  $\Phi$  zal plaatsvinden, heeft een overtuigingsgraad van 1 (100 procent) met betrekking tot  $\Phi$ . Iemand die er volledig niet van overtuigd is dat  $\Phi$  zal plaatsvinden of die er volledig van overtuigd is dat  $\Phi$  niet zal plaatsvinden, heeft een overtuigingsgraad van 0 (0 procent) met betrekking tot  $\Phi$ . Iemand die er in dezelfde mate van overtuigd is dat de uitsluitende en elkaar uitsluitende mogelijkheden  $\Phi$  en niet- $\Phi$  zullen plaatsvinden (bijvoorbeeld kop of munt), heeft een overtuigingsgraad van 0,5 (50 procent) met betrekking tot  $\Phi$ . Deze drie referentiepunten laten zich het gemakkelijkst visualiseren. Het spreekt voor zich dat het ook mogelijk is getallen toe te kennen aan tussenliggende overtuigingsgraden.

Een belangrijke vraag is hoe de overtuiging psychisch wordt gerepresenteerd. Iemand die zijn hond wil uitlaten, kan zich bijvoorbeeld afvragen of het binnenkort zal gaan regenen. Het is de vraag op welke wijze een dergelijke inschatting gestalte krijgt. Het staat wel vast dat de mate van overtuiging in de regel niet aan ons verschijnt in de vorm van een getal, zoals 'de kans dat het gaat regenen is 48,7 procent'. Het lijkt evenmin voor de hand te liggen dat de mate van overtuiging in dergelijke situaties altijd verbaal wordt gerepresenteerd, zoals 'de kans dat het gaat regenen is substantieel'. Toch wordt de mate van overtuiging wel ervaren en speelt zij een rol in de beslissing de hond al dan niet uit te laten. De overtuigingschaal is bedoeld om dergelijke intuïtieve ervaringen te vertalen in een getalsmatige grootheid.

---

<sup>211</sup> Deze these is in lijn met Davidsons bekende principe P1. Davidson 1980, 'Essays on actions and events', p. 23 stelt: "If an agent wants to do  $x$  more than he wants to do  $y$  and he believes himself free to do either  $x$  or  $y$ , then he will intentionally do  $x$  if he does either  $x$  or  $y$  intentionally."

De *waarderingsgraad* (waardering) vormt een uitdrukking van de volitieve psychische act. De waarderingsgraad wordt weergegeven op een schaal die loopt van -100 (maximale negatieve waardering) tot 100 (maximale positieve waardering). De eenheden van de schaal zijn op zich arbitrair. De schaal ontleent zijn betekenis aan het feit dat belang moet worden toegekend aan de onderlinge verhouding tussen verschillende waarderingsacten. De waarderingsgraad wordt weergegeven op een zogenaamde ratioschaal.<sup>212</sup> Dat brengt mee dat veel betekenis kan worden toegekend aan de relatieve sterkte van waarderingsacten op de schaal. Zo is een waarderingsgraad van 8 dubbel zo hoog als een waarderingsgraad van 4. Daarnaast geldt dat het verschil tussen waardering 5 en 10 even groot is als het verschil tussen waardering 20 en 25. Bovendien kent de schaal een niet-arbitrair nulpunt. Een waardering van 0 heeft betrekking op een neutrale waarderingsact. Dit nulpunt representeert het midden tussen een positieve waarderingsact van een bepaalde intensiteit en een negatieve waarderingsact van dezelfde intensiteit. Een waardering van 0 betekent dat de actor volledig indifferent tegenover de mogelijkheid staat. Ten slotte geldt dat een negatieve waardering gecompenseerd kan worden door een positieve waardering van dezelfde sterkte. Een waarderingsgraad van 5 voor het winnen van 100 euro als een muntstuk op de kopzijde valt en een waarderingsgraad van -5 voor het verliezen van 70 euro als een muntstuk op de muntzijde valt, tellen op tot een waarderingsgraad van 0.<sup>213</sup>

De schaal waarop de waarderingsgraad wordt uitgedrukt, kan het best worden opgevat als een situatieafhankelijke schaal. De schaal is bedoeld om inzichtelijk te maken hoe de verschillende mogelijkheden in een concrete keuzesituatie zich tot elkaar verhouden. Het gaat met andere woorden om de relatieve waardering in de keuzesituatie in kwestie. De getallen zijn niet bedoeld om een vergelijking tussen verschillende keuzesituaties mogelijk te maken. De situatieafhankelijkheid van de schaal doet recht aan de menselijke psychologie. Iemand die moet kiezen tussen een pizza van 5 euro en friet voor 4 euro focust zich in beginsel alleen op de relatieve aantrekkelijkheid van deze mogelijkheden. Het is niet nodig deze mogelijkheden te vergelijken met de waardering van mogelijkheden die buiten deze keuzesituatie liggen, zoals de dood van een geliefde of het winnen van de loterij. De waarderingsacten staan uitsluitend in dienst van de te maken keuze. Hierbij is alleen de relatieve sterkte van de voor de keuze relevante mogelijkheden van belang. In het voorbeeld maakt het dus niet uit welk getal precies aan de waardering van pizza wordt toegekend, zolang de juiste verhouding ten opzichte van de waardering van friet (bij deze prijs) maar in acht wordt genomen.

<sup>212</sup> Ik sluit daarbij aan bij wetenschappers die zich bezighouden met het meten van geluk en pijn. Vgl. Davis 1981, 'A theory of happiness'; Mayerfeld 1999, 'Suffering and moral responsibility', p. 55-84; Kahneman 2000, 'Experienced utility and objective happiness: a moment-based approach'; en Klocksien 2008, 'The problem of interpersonal comparisons of pleasure and pain'.

<sup>213</sup> Dit voorbeeld is in lijn met de bevinding dat het verliezen van geld over het algemeen een grotere impact heeft dan het winnen van geld (verliesaversie). Zie bijv. Tversky & Kahneman 1991, 'Loss aversion in riskless choice: a reference-dependent model'.

De basisgedachte van de kansintegratietheorie is dat de *wenselijkheidsgraad* (wenselijkheid) van een mogelijkheid bepaald wordt door de waarderingsgraad te vermenigvuldigen met de overtuigingsgraad. Hierboven is uiteengezet dat de overtuigingsgraad door een getal tussen de 0 en 1 wordt weergegeven. Dat betekent dat de wenselijkheidsgraad hetzij gelijk is aan de waarderingsgraad (bij een overtuigingsgraad van 1), hetzij kleiner is dan de waarderingsgraad (bij een overtuigingsgraad kleiner dan 1). Des te kleiner de kans op een bepaalde mogelijkheid wordt ingeschat, des te kleiner zal de wenselijkheidsgraad van de mogelijkheid worden. De wenselijkheidsgraad vormt – evenals de waarderingsgraad – een uitdrukking van de volitieve psychische act. Ook de wenselijkheidsgraad kan positief, negatief of neutraal (0) zijn. Het getal drukt uit dat een positief gewaardeerde mogelijkheid minder aantrekkelijk is voor een beslisser als niet zeker is dat deze mogelijkheid zich zal realiseren. Bij een negatief gewaardeerde mogelijkheid geldt dat de onaantrekkelijkheid van de mogelijkheid afneemt.

Hierboven is aan bod gekomen hoe de wenselijkheidsgraad van één enkele mogelijkheid wordt bepaald. Het is nu de vraag wat dient te geschieden als een bepaalde optie gepaard gaat met meerdere mogelijkheden. Stel dat iemand voor de keuze staat of hij al dan niet een bepaalde weddenschap zal aangaan. De weddenschap houdt in dat hij een Ferrari krijgt als een muntstuk op de kopzijde valt en 10.000 euro moet betalen als het muntstuk op de muntzijde terechtkomt. Van beide mogelijkheden kan de wenselijkheidsgraad worden bepaald door de waarderingsgraad te vermenigvuldigen met de overtuigingsgraad. Vervolgens is het de vraag hoe aantrekkelijk de actor deze uit twee mogelijkheden bestaande optie acht. De kansintegratietheorie dicteert nu dat de wenselijkheidsgraden van de afzonderlijke mogelijkheden bij elkaar opgeteld dienen te worden. Deze *totale wenselijkheidsgraad* drukt uit hoe aantrekkelijk deze weddenschap door de actor wordt gevonden. Vervolgens is het mogelijk de wenselijkheidsgraad van deze optie af te zetten tegen de wenselijkheidsgraad van de andere relevante optie (het afzien van de weddenschap). In lijn met het eerder besproken maximaliseringsprincipe zal de actor ten slotte kiezen voor de optie met de hoogste wenselijkheidsgraad. De kansintegratietheorie kan als volgt in symbolen worden weergegeven.

$$\Pi_1 = O_1 \times W_1$$

$$\Pi_{tot} = \Pi_1 + \Pi_2 + \dots + \Pi_n$$

$\Pi_1$	wenselijkheidsgraad van mogelijkheid 1
$O_1$	overtuigingsgraad van mogelijkheid 1
$W_1$	waarderingsgraad van mogelijkheid 1
$\Pi_{tot}$	totale wenselijkheidsgraad van de uit $n$ mogelijkheden bestaande optie

#### 4.4.2 Toepassing op de Porschezaak

De theorie kan nader geïllustreerd worden aan de hand van de Porschezaak. In de Porschezaak komt het aan op de vraag hoe de optie om in te halen gewaardeerd wordt ten opzichte van de optie om niet in te halen. Laten we aannemen dat de wenselijkheidsgraad van niet inhalen op 0 gesteld kan worden. Dat brengt mee dat de bestuurder zal inhalen als de totale wenselijkheidsgraad van de inhaaloptie positief is. Met betrekking tot deze inhaaloptie laten zich twee saillante mogelijkheden onderscheiden. De eerste mogelijkheid betreft een voor de bestuurder dodelijk ongeval en de tweede mogelijkheid betreft een geslaagde inhaalmanoeuvre. Laten we aannemen dat de bestuurder een overtuigingsgraad van 0,50 heeft voor de mogelijkheid dat hij zelf bij de inhaalmanoeuvre om het leven zal komen. Uit de zelfbehoudsthese vloeit voort dat deze mogelijkheid een extreem negatieve waarderingsgraad moet hebben (bijvoorbeeld -80). Volgens de kansintegratietheorie is de wenselijkheidsgraad van deze mogelijkheid  $-40$  ( $0,50 \times -80$ ). Daaruit volgt dat de inhaaloptie alleen een positieve totale wenselijkheidsgraad kan hebben als de mogelijkheid van een geslaagde inhaalmanoeuvre extreem hoog wordt gewaardeerd. Als we ervan uitgaan dat de bestuurder ook een overtuigingsgraad van 0,50 heeft met betrekking tot een geslaagde inhaalmanoeuvre,<sup>214</sup> dan zal hij deze mogelijkheid dus hoger moeten waarderen dan 80 (bijvoorbeeld 90). Dit wordt geïllustreerd in tabel 4.1 en 4.2.

**Tabel 4.1** Wenselijkheidsgraden van mogelijkheden

Mogelijkheid	Wenselijkheidsgraad	Overtuigingsgraad	Waarderingsgraad
Eigen dood	$0,50 \times -80 = -40$	0,50	-80
Geslaagde inhaalmanoeuvre	$0,50 \times 90 = 45$	0,50	90
Niet inhalen	0		

**Tabel 4.2** Wenselijkheidsgraden van opties

Optie	Totale wenselijkheidsgraad
Inhalen	$-40 + 45 = 5$
Niet inhalen	0

Uit tabel 4.2 komt naar voren dat de totale wenselijkheidsgraad van de inhaaloptie (5) hoger is dan de wenselijkheidsgraad van het niet inhalen (0). Dat betekent dat de bestuurder ervoor zal kiezen de inhaalmanoeuvre uit te voeren.

<sup>214</sup> Er wordt hier van uitgegaan dat de overtuigingsgraden van deze elkaar uitsluitende (en door de actor uitputtend geachte) mogelijkheden sommeren tot 1 (additiviteit). Als de subjectieve kans op de ene mogelijkheid  $x$  is, dan zal de subjectieve kans op de andere mogelijkheid dus  $1 - x$  zijn.



ren, aangezien hij op die manier de wenselijkheid in deze keuzesituatie maximaliseert.

De getallen die nodig zijn de bestuurder ertoe aan te zetten de inhaalmanoeuvre uit te voeren roepen prangende vragen op. Het is zonder meer het geval dat een behoefte aan spanning en avontuur sommige bestuurders ertoe kan bewegen om risico's in het verkeer te nemen.<sup>215</sup> Het is echter moeilijk voor te stellen dat de zucht naar spanning en avontuur zo'n grote impact heeft dat de extreem negatief gewaardeerde mogelijkheid van de eigen dood daardoor kan worden geneutraliseerd. Dit uitgangspunt is in lijn met onderzoek waaruit blijkt dat zogenaamde sensatiezoekers die zich gevaarlijk in het verkeer gedragen dat zelf niet als zodanig ervaren.<sup>216</sup> Dat betekent dat de objectieve kans op gevaar wel eens veel hoger zou kunnen zijn dan de subjectieve kans op gevaar (de overtuigingsgraad).

Er is in wezen maar een reële manier waarop een positieve totale wenselijkheidsgraad voor de inhaaloctie kan worden verkregen. Dat is het geval als een veel lagere overtuigingsgraad voor de mogelijkheid zelf het leven te verliezen aan de bestuurder wordt toegeschreven. Dat brengt tegelijkertijd mee dat een veel hogere overtuigingsgraad voor de andere mogelijkheid (een geslaagde inhaalmanoeuvre) zal moeten worden aangenomen. Een overtuigingsgraad van 0,10 voor de mogelijkheid zelf het leven te verliezen, gaat bijvoorbeeld gepaard met een overtuigingsgraad van 0,90 voor de mogelijkheid een geslaagde inhaalmanoeuvre uit te voeren.<sup>217</sup> Een waarderingsgraad van 9 voor een geslaagde inhaalmanoeuvre ( $\Pi = 0,90 \times 9 = 8,1$ ) volstaat dan reeds om op te wegen tegen de negatieve wenselijkheidsgraad van de mogelijkheid zelf het leven te verliezen ( $\Pi = 0,10 \times -80 = -8$ ). Dit scenario is iets minder ongeloofwaardig, maar het is nog steeds nauwelijks voor te stellen dat triviale motieven als de zucht naar spanning en avontuur tot zulke relatief hoge waardeningen aanleiding geven.

Het is uiteraard mogelijk een nog veel lagere overtuigingsgraad aan de bestuurder toe te schrijven. In de context van de Porschezaak is de hoeveelheid speelruimte echter beperkt vanwege de in paragraaf 4.3 besproken gevaarperceptiethese. Als de bestuurder zich bewust was geweest van de *aanmerke-*

---

<sup>215</sup> Vgl. Rothengatter 1988, 'Risk and the absence of pleasure: a motivational approach to modelling road user behaviour'; Jonah 1997, 'Sensation seeking and risky driving: a review and synthesis of the literature'; en Harris & Houston 2010, 'Recklessness in context: individual and situational correlates to aggressive driving'.

<sup>216</sup> Vgl. Heino, Van der Molen & Wilde 1996, 'Differences in risk experience between sensation avoiders and sensation seekers'. Heino, Van der Molen & Wilde 1996, p. 78 benadrukken het niet-intentionele karakter met betrekking tot het nemen van risico's: "[Using] the phrase 'willingness to take risks' (...) for describing the behaviour of sensation seekers may be inappropriate. Sensation seekers, as compared to sensation avoiders, do not evaluate their behaviour as being more risky. Therefore it can not be said that they take more risk deliberately."

<sup>217</sup> Er wordt van uitgegaan dat de overtuigingsgraden (0,10 en 0,90) van deze elkaar uitsluitende (en door de actor uitputtend geachte) mogelijkheden sommeren tot 1 (additiviteit).

*lijke* kans op de dood van een ander (wat een vereiste voor opzet is), dan zou hij zich volgens deze these ook bewust geweest zijn van de *beduidende* kans op zijn eigen dood. Als we de kansintegratietheorie in deze context willen toepassen, dan moeten we er derhalve van uitgaan dat de bestuurder zich ten minste bewust is geweest van een beduidende kans op zijn eigen dood. Als de overtuigingsgraad voor de mogelijkheid dat de bestuurder zelf het leven zal verliezen zo laag wordt gesteld dat de negatieve wenselijkheidsgraad daarvan serieus wordt gereduceerd (bijvoorbeeld:  $\Pi = 0,01 \times -80 = -0,80$ ), dan laat het zich niet of nauwelijks denken dat de bestuurder tegelijkertijd heeft beschikt over de voor opzet vereiste bewustheid van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander.

De kansintegratietheorie is in principe bedoeld om gedrag te voorspellen op basis van onderliggende geestesgesteldheden. Hier wordt de theorie echter gebruikt om te laten zien dat bepaald gedrag niet gemakkelijk kan worden verklaard op basis van een geestesgesteldheid (bewustheid van de eigen dood) waarvan wordt aangenomen dat zij samenhangt met doodslagopzet. De volgende drie theses zijn daarvoor nodig.

- 3a. De verdachte zou de optie die gepaard gaat met een beduidende kans op zijn eigen dood minder wenselijk achten dan andere opties.
- 3b. De verdachte zou niet kiezen voor de minst wenselijke optie.
- 3c. Ergo, hij zou niet handelen ondanks de bewustheid van een beduidende kans op zijn eigen dood.

Deze paragraaf stond tot nu toe in het teken van these 3a. Ik heb getracht aan-nemelijk te maken dat de verdachte de optie die gepaard gaat met een bedui-dende kans op zijn eigen dood minder wenselijk zou achten dan andere opties. These 3a is in de voorwaardelijke wijs (zou) geformuleerd om uit te drukken dat de bestuurder deze afweging in werkelijkheid niet heeft gemaakt. Om van de op *preferenties* gerichte these 3a te komen tot de op *handelingen* gerichte these 3c moet een beroep worden gedaan op de ondersteunende these 3b. These 3b vloeit voort uit het eerder besproken maximaliseringsprincipe: als een actor een keus maakt uit meerdere opties, dan zal hij altijd kiezen voor de optie die wenselijker is dan (of ten minste net zo wenselijk is als) welke ande-re optie dan ook. Als dit verband tussen preferenties en handelingen voor juist wordt gehouden, dan volgt daaruit dat de verdachte niet zou inhalen ondanks de bewustheid van een beduidende kans op zijn eigen dood.

#### 4.4.3 Bruikbaarheid in de praktijk

De kansintegratietheorie is een rationele keuzetheorie. Het verdient daarbij opmerking dat de theorie uitgaat van een vrij beperkt rationaliteitsbegrip.<sup>218</sup>

<sup>218</sup> Vgl. Elster 1983, 'Sour grapes: studies in the subversion of rationality', p. 1-15 met betrekking tot zogenaamde 'thin theories of rationality'.

De overtuigingen en waarderingen die aan de basis van gedrag liggen, worden niet aan een moreel oordeel onderworpen. Gedrag kan nog steeds als rationeel bestempeld worden als een redelijk persoon in de positie van de actor andere overtuigingen en waarderingen zou hebben gehad. Dat betekent dat ook de bizarre overtuigingen van een psychoticus of de bizarre verlangens van een pedofiel op rationele wijze kunnen worden gemaximaliseerd binnen het raamwerk van de theorie. Rationaliteit wordt enkel en alleen beoordeeld aan de hand van de overtuigingen en waarderingen die aan de basis van gedrag liggen. De kansintegratietheorie gaat ervan uit dat overtuigingen en waarderingen psychisch worden geïntegreerd tot wenselijkheden. Deze wenselijkheden vormen op hun beurt weer de basis voor het maximaliseren van de wenselijkheid. Als de overtuigingen en waarderingen op juiste wijze worden geïntegreerd tot wenselijkheden en als de actors gedrag in overeenstemming is met het maximaliseringsprincipe, dan wordt zijn gedrag als rationeel bestempeld.

De vraag kan opgeworpen worden hoe de rationaliteitsaanspraak van de theorie zich verhoudt tot de bekende onderzoeksresultaten van de psychologen Kahneman en Tversky.<sup>219</sup> Uit dit onderzoek komt naar voren dat mensen systematisch in strijd handelen met de axioma's van de rationele keuzetheorie.<sup>220</sup> Door dit onderzoek is bij veel mensen het beeld ontstaan dat de mens, als het aankomt op keuzes, een incompetent, inconsistent en irrationeel wezen is. De vraag is nu of de onderzoeksresultaten van Kahneman en Tversky van toepassing zijn op de kansintegratietheorie. Ik meen dat dat niet het geval is. Het onderzoek van Kahneman en Tversky is gericht op de Expected Utility Theory. Hun bevindingen met betrekking tot de irrationaliteit van keuzegegedrag zijn gebaseerd op inconsistenties tussen diverse keuzesituaties. Dat leidt, simpel gezegd, tot de conclusie dat bepaalde wiskundige axioma's die aan de basis liggen van deze behavioristische theorie worden geschonden door menselijk keuzegegedrag. Bedacht moet echter worden dat de kansintegratietheorie zich richt op unieke, eenmalige keuzes. Dat brengt mee dat de bevindingen van Kahneman en Tversky niet van toepassing zijn op deze theorie, waarbij het uitsluitend gaat om de rationaliteit gegeven bepaalde overtuigingen en waarderingen.<sup>221</sup>

Hierboven is naar voren gekomen dat de rationaliteitsaanspraak van de kansintegratietheorie op twee manieren begrensd is. De overtuigingen en

---

<sup>219</sup> In een nog te verschijnen publicatie sta ik uitgebreid stil bij deze vraag.

<sup>220</sup> Zie bijv. Kahneman & Tversky 1979, 'Prospect theory: an analysis of decision under risk'.

<sup>221</sup> Daarmee is uiteraard niet gezegd dat bevindingen die betrekking hebben op beoordelingsfouten en biases niet van belang zijn voor de kansintegratietheorie. De bevindingen dienen dan echter niet om de geldigheid van de theorie aan te tasten, maar om de juiste inputvariabelen (overtuigingen en waarderingen) van de theorie te kunnen voorspellen. Als bijvoorbeeld uit onderzoek blijkt dat mensen kansgroottes in bepaalde situaties systematisch onderschatten, dan kan die bevinding worden meegenomen bij het toeschrijven van een overtuigingsgraad aan een actor die zich in een vergelijkbare situatie bevindt.

waarderingen die zich in een concrete keuzesituatie voordoen worden niet aan een moreel oordeel onderworpen en ze worden niet getoetst aan andere door de actor gemaakte keuzes. Een en ander neemt niet weg dat de theorie nog steeds aanzienlijke beschrijvende en voorspellende aspiraties heeft. Tegen deze achtergrond kan de vraag worden opgeworpen of mensen wel in staat zijn de complexe rekenkundige bewerkingen te verrichten die de theorie lijkt te vereisen. Ik besteed daarom kort aandacht aan twee aspecten die verband houden met die vraag.<sup>222</sup>

Het is in de eerste plaats van belang nogmaals te benadrukken dat de theorie er niet van uitgaat dat mensen getallen in hun hoofd hebben. De theorie stelt enkel en alleen dat de sterkte van cognitieve en volitieve geestesgesteldheden gerepresenteerd kan worden door middel van een getal. Zulke getallen zouden in beginsel opgewekt kunnen worden door middel van psychologische procedures.<sup>223</sup> Dat kan bijvoorbeeld geschieden door iemand simpelweg te vragen zijn overtuigingsgraad of waarderingsgraad uit te drukken op een numerieke schaal. Het door deze methode (of door andere methodes) gegenereerde getal wordt dan geacht een (imperfecte) meting te zijn van de geestesgesteldheid van de actor.

In de tweede plaats is van belang op te merken dat de theorie er niet van uitgaat dat de aan de wenselijkheidsgraad ten grondslag liggende multiplicatie tot stand komt via een formele, wiskundige bewerking.<sup>224</sup> Het laat zich aanzien dat de multiplicatieve integratie van overtuigingen en waarderingen ( $0 \times W$ ) tot stand komt door een intuïtief fractioneringsproces.<sup>225</sup> De mate waarin een bepaalde mogelijkheid wordt gewaardeerd, wordt gelokaliseerd op een waarderingscontinuüm. Vervolgens wordt de waarderingsgraad door de actor naar evenredigheid van de overtuigingsgraad bijgesteld. Deze intuïtieve benadering is mogelijk, omdat zowel de waarderingsgraad als de daarop gebaseerde wenselijkheidsgraad een uitdrukking van de volitieve psychische act vormt. Bij zekerheid geldt dat de wenselijkheidsgraad van een mogelijkheid gelijk is aan de waarderingsgraad daarvan. Onzekerheid met betrekking tot het zich realiseren van een mogelijkheid leidt simpelweg tot een evenredige bijstelling van de wenselijkheidsgraad.

De stelling die hier wordt betrokken is dat mensen impliciet in overeenstemming handelen met de kansintegratietheorie. Dat geldt zelfs voor mensen die (nog) niet in staat zijn te rekenen. Uit onderzoek is naar voren gekomen dat niet alleen volwassenen, maar ook kinderen in principe in staat zijn om

<sup>222</sup> In een nog te verschijnen publicatie ga ik dieper in op deze vragen.

<sup>223</sup> Vgl. Von Winterfeldt & Edwards 1986, 'Decision analysis and behavioral research', p. 112-122.

<sup>224</sup> Vgl. Anderson 1996, 'A functional theory of cognition', p. 66-67 en 321-322; Schlottmann 2001, 'Children's probability intuitions: understanding the expected value of complex gambles'; en Schlottmann & Tring 2005, 'How children reason about gains and losses: framing effects in judgement and choice'.

<sup>225</sup> Vgl. Lopes & Ekberg 1980, 'Test of an ordering hypothesis in risky decision making'.

overtuigingen en waarderingen multiplicatief te integreren.<sup>226</sup> Het spreekt voor zich dat niet verwacht mag worden dat mensen volkomen in overeenstemming met de theorie zullen handelen. Het is onontkoombaar dat mensen fouten maken bij het psychisch integreren van overtuigingen, waarderingen en wenselijkheden. Dat zou aanleiding kunnen geven tot een 'foute' keuze: iemand kiest voor een bepaalde optie, hoewel hij een andere optie had moeten kiezen in het licht van de aan zijn keuze ten grondslag liggende overtuigingen en waarderingen. Dat betekent dat de actor een optie prefereert die hij eigenlijk niet had moeten prefereren. In het raamwerk van de kansintegratietheorie wordt een dergelijke keuze als irrationeel bestempeld.

De constatering dat mensen niet volledig in overeenstemming met de theorie zullen handelen, noopt niet tot de conclusie dat de theorie onbruikbaar is voor de praktijk. Ik ga ervan uit dat de theorie voldoende voorspellende waarde heeft om bruikbaar te kunnen zijn. Daarbij is van belang dat onjuiste integratiestrategieën – bijvoorbeeld het additief (optellen) in plaats van multiplicatief (vermenigvuldigen) integreren van overtuigingen en waarderingen – in de praktijk best aardig kunnen functioneren.<sup>227</sup> Dat betekent, simpel gezegd, dat onjuiste integratiestrategieën in de praktijk leiden tot wenselijkheden die niet veel afwijken van wenselijkheden die zouden zijn verkregen bij een correcte integratiestrategie. De bruikbaarheid van de theorie staat helemaal buiten kijf als zij wordt toegepast op evidente gevallen, zoals de Porschezaak. Als de negatieve wenselijkheidsgraad van de ene mogelijkheid (het eigen leven verliezen) zo hoog is dat deze niet of nauwelijks gecompenseerd kan worden door de positieve wenselijkheidsgraad van de andere mogelijkheid (een geslaagde inhaalmanoeuvre), dan is er een bijzonder ruime foutenmarge. Dat brengt mee dat zelfs behoorlijk grote fouten bij de psychische integratie nog steeds zouden leiden tot de 'juiste' keuze, dat wil zeggen dat niet inhalen wenselijker is dan inhalen.

Als wordt aangenomen dat mensen over het algemeen in overeenstemming handelen met de kansintegratietheorie, dan is het nog steeds de vraag op welke wijze de theorie kan worden toegepast in een juridische context. In strafrechtelijke zaken staat doorgaans wel min of meer vast welke gedragingen hebben plaatsgevonden, maar is het vaak de vraag of de actor met een bepaalde strafrechtelijk relevante geestesgesteldheid heeft gehandeld. Het toepassen van de kansintegratietheorie om de geestesgesteldheid te reconstru-

---

<sup>226</sup> Vgl. Anderson & Shanteau 1970, 'Information integration in risky decision making'; Shanteau 1974, 'Component processes in risky decision making'; Acredolo e.a. 1989, 'Children's ability to make probability estimates: skills revealed through application of Anderson's functional measurement methodology'; Schlottmann & Anderson 1994, 'Children's judgments of expected value'; Anderson 1996, 'A functional theory of cognition', p. 262-266, 317-361, 399-402 en 452-453; Schlottmann 2001, 'Children's probability intuitions: understanding the expected value of complex gambles'; en Schlottmann & Tring 2005, 'How children reason about gains and losses: framing effects in judgement and choice'.

<sup>227</sup> Zie ook paragraaf 8.5.4.4.d.

eren, lijkt op het eerste gezicht op een fundamenteel probleem te stuiten. Toepassing van de theorie vereist in wezen dat een vergelijking met een onbekende hoeveelheid variabelen (de vraag is welke opties en mogelijkheden de actor heeft overwogen) met onbekende waarden (overtuigingsgraad, waarderingsgraad en wenselijkheidsgraad) wordt opgelost. Hieronder sta ik kort stil bij deze moeilijkheden.

De eerste moeilijkheid houdt in dat onbekend is welke opties en mogelijkheden de actor heeft overwogen. Daarbij is van belang dat het aantal mogelijkheden dat gepaard gaat met een bepaalde optie groeit naarmate men bij de uitwerking op een hoger detailniveau gaat zitten. Een bepaalde inhaalmanoeuvre kan op de keper beschouwd op oneindig veel manieren aflopen. Het is dan ook de vraag welk detailniveau in acht moet worden genomen bij het reconstrueren van de geestesgesteldheid van de actor. Het verdient daarbij aanbeveling aansluiting te zoeken bij de menselijke psychologie. Mensen die voor een keuze staan, zullen over het algemeen slechts een relatief kleine hoeveelheid opties en mogelijkheden in overweging nemen.<sup>228</sup> Als gevolg van de beperkte verwerkingscapaciteit van de menselijke psyche zullen mensen alleen focussen op in het oog springende opties en mogelijkheden. Daarnaast is van belang dat het in de strafrechtelijke context doorgaans gaat om ernstige gevolgen, zoals dood of letsel. Een ernstig gevolg, zoals de eigen dood of de dood van een ander, zal doorgaans een enorme impact hebben op het keuzeproces *indien* dit door de actor in overweging is genomen. Dat betekent dat eventuele andere mogelijkheden, als ze al door de actor in overweging zijn genomen, geen significante invloed zullen uitoefenen. Bij het reconstrueren van het keuzeproces is het daarom goed te verdedigen om slechts een paar belangrijke opties en mogelijkheden in aanmerking te nemen.

De tweede moeilijkheid is dat de kansintegratietheorie lijkt te vereisen dat precieze cijfers worden toegekend aan de opties en mogelijkheden die in de reconstructie worden betrokken. In dat verband kan erop gewezen worden dat de theorie voornamelijk is bedoeld als een middel om de discussie te structureren. In veel gevallen is het helemaal niet nodig zich te laten vastpinnen op precieze cijfers. Zo kon bij de bespreking van de Porschezaak bijvoorbeeld gemakkelijk vastgesteld worden dat de voor opzet vereiste geestesgesteldheid zich niet of nauwelijks laat verenigen met welke overtuigingsgraad dan ook voor het verliezen van het eigen leven. Zolang het getal dat de waardering van het eigen leven uitdrukt maar substantieel groter genomen wordt dan het getal dat betrekking heeft op een geslaagde inhaalmanoeuvre, blijft de uitkomst hetzelfde. Dat betekent dat bij de reconstructie van de Porschezaak sprake is van een behoorlijk grote foutenmarge.

Het belangrijkste inzicht dat besloten ligt in de kansintegratietheorie is dat de wenselijkheid van een bepaald gevolg direct afhankelijk is van de waarschijnlijkheid waarmee dat gevolg wordt voorzien. De theorie is van belang in

---

<sup>228</sup> Vgl. Ajzen & Fishbein 2008, 'Scaling and testing multiplicative combinations in the expectancy-value model of attitudes' en Weiss, Weiss & Edwards 2010, 'A descriptive multi-attribute utility model for everyday decisions'.

de strafrechtelijke context, omdat zij aanschouwelijk maakt dat een negatief gewaardeerd gevolg iemand er niet van hoeft te weerhouden te handelen indien dat gevolg door hem niet zo waarschijnlijk wordt geacht. Dat is met name het geval als het gevolg niet zo negatief wordt gewaardeerd als het verliezen van het eigen leven. Daarbij kan gedacht worden aan gevolgen als het uitsluitend bij een ander veroorzaken van dood of letsel. Daarbij geldt nog steeds dat verkeersdeelnemers dergelijke gevolgen over het algemeen negatief zullen waarderen.<sup>229</sup> De reden van de negatieve waardering kan intrinsiek zijn (het gevolg wordt op zichzelf beschouwd negatief gewaardeerd), maar de reden kan ook extrinsiek zijn (het gevolg hangt samen met andere negatief gewaardeerde gevolgen, zoals het veroorzaken van schade aan de eigen auto). Een lage overtuigingsgraad kan verklaren waarom een optie die de mogelijkheid van een negatief gewaardeerd gevolg in zich bergt nochtans door een actor kan worden geprefereerd. Een lage overtuigingsgraad nivelleert de onwenselijkheid van een gevolg zodanig dat deze onwenselijkheid gemakkelijk gecompenseerd kan worden door wenselijke gevolgen die met een grote mate van waarschijnlijkheid worden voorzien.

De kansintegratietheorie maakt aldus inzichtelijk dat strafrechtelijk relevante gevolgen – zelfs als ze door de actor negatief gewaardeerd worden – op de koop toe kunnen worden genomen als de overtuigingsgraad maar laag genoeg is. Dergelijke keuzes kunnen echter alleen bestempeld worden als opzet in strafrechtelijke zin als de overtuigingsgraad hoog genoeg is om als een ‘aanmerkelijke kans’ beschouwd te worden. Bij het analyseren van het opzetbegrip ga ik er, *arguendo*, van uit dat de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ op 10 procent gesteld kan worden.<sup>230</sup> Een dergelijke overtuigingsgraad (0,10) zorgt ervoor dat de onwenselijkheid van een bepaald gevolg met een factor 10 afneemt. Het is goed denkbaar dat iemand een 10 procent kans op een negatief gewaardeerd gevolg – zoals het verwonden van een politieagent die een stopteken geeft – aanvaardt om zo uit handen van de politie te kunnen blijven.<sup>231</sup> Het is gemakkelijk in te zien dat het opteren voor een andere ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ grote consequenties kan hebben voor het leerstuk opzet in het verkeer. Bij een ondergrens van 1 procent is het veel en veel beter voorstelbaar dat negatief gewaardeerde gevolgen op de koop worden toegenomen in juridische zin dan bij

---

<sup>229</sup> Zie paragraaf 8.5.4.

<sup>230</sup> In mijn proefschrift heb ik verdedigd dat de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ gesteld zou moeten worden op 10 procent. Zie Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 402-407. Dat was in lijn met de visie van De Hullu, die in 2003 schreef dat een kansgrootte kleiner dan 10 procent verbazing zou oproepen. Zie De Hullu 2003, ‘Materieel strafrecht’, p. 237.

<sup>231</sup> Zie ook paragraaf 4.7. Het verdient opmerking dat een dergelijke geestesgesteldheid in bepaalde volitieve benaderingen niet noodzakelijkerwijs als strafrechtelijk opzet wordt beschouwd. Dat is bijvoorbeeld het geval als de kansintegratietheorie voorspelt dat de actor niet zou handelen als hij het gevolg met een grote mate van zekerheid had voorzien. Zie daarover paragraaf 5.3.3.

een ondergrens van 50 procent. In het eerste geval wordt de onwenselijkheid met een factor 50 meer genivelleerd dan in het tweede geval.

#### 4.4.4 Structurering van het wetenschappelijk debat

De kansintegratietheorie leent zich voor meer dan het beantwoorden van de vraag of de verdachte in een concrete strafzaak met een strafrechtelijk relevante geestesgesteldheid heeft gehandeld. De theorie kan ook fungeren als middel om het wetenschappelijk debat over opzet structuur te verlenen. Het is buitengewoon lastig een dogmatische discussie over de betekenis van opzet te voeren op basis van bestaande strafzaken. Daarvoor kunnen drie met elkaar samenhangende oorzaken worden aangewezen.

In de eerste plaats is vaak niet duidelijk hoe de feiten in een bepaalde strafzaak precies moeten worden geduid. Dat is in het bijzonder het geval als het gaat om geestesgesteldheden, waarbij in rechterlijke uitspraken doorgaans niet veel meer te lezen valt dan dat (ten minste) voorwaardelijk opzet uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid. De onduidelijkheid van de voor de opzetdiscussie van belang zijnde feiten kan meebrengen dat de feiten verschillend geduid worden door de deelnemers aan het debat. In de tweede plaats blijven eventuele verschillen in het duiden van feiten vaak impliciet, omdat lastig exact in woorden uit te drukken valt hoe de diverse relevante geestesgesteldheden in een strafzaak zich tot elkaar verhouden. Dat heeft tot gevolg dat juridisch aandoende oordelen over het zich al dan niet voordoen van opzet niet zelden verweven zijn met oordelen van feitelijke aard. Een derde bezwaar van het op basis van jurisprudentie discussiëren over opzet is dat de discussie in de regel beperkt blijft tot feiten (althans iemands duiding van de feiten) die zich daadwerkelijk in strafzaken hebben voorgedaan. Bij het aftasten van de grenzen van het materiële recht verdient het echter de voorkeur de discussie te voeren aan de hand van gepostuleerde feiten. Dat is vooral van belang, omdat het zo mogelijk is de grenzen van een begrip zo precies mogelijk te bepalen. Bovendien wordt de discussie aldus gezuiverd van de impliciete feitelijke oordelen die de discussie vaak mede bepalen.

Het door de kansintegratietheorie geboden raamwerk maakt het mogelijk om getallen te postuleren in het kader van een analyse van het opzetbegrip. Elke geestesgesteldheid waarvan de vraag is of zij strafrechtelijk relevant is, kan precies worden uitgebeeld door middel van deze gepostuleerde getallen. Daarbij kunnen bepaalde variabelen constant worden gehouden, terwijl andere variabelen worden aangepast. Op deze wijze kan worden getracht de morele intuïtie te exploreren. In het verlengde daarvan wordt het mogelijk om preciezer dan anders het geval zou zijn uit te drukken waar men de grenzen trekt. Dat heeft als voordeel dat duidelijker naar voren komt in hoeverre deze grenzen afwijken van door anderen getrokken grenzen. De kansintegratietheorie zou opgevat kunnen worden als een soort Esperanto voor discussies over het opzetbegrip.



Diverse interessante dogmatische kwesties kunnen met behulp van dit raamwerk worden geanalyseerd. Zo kan bijvoorbeeld de vraag worden gesteld welke overtuigingsgraad minimaal benodigd is voor opzet in strafrechtelijke zin. Ligt de grens in de buurt van 1 procent, 10 procent of zijn subjectieve kansgroottes van meer dan 50 procent vereist? In het verlengde daarvan kan men de vraag onderzoeken of de minimaal benodigde overtuigingsgraad voor elk delict hetzelfde dient te zijn of dat genoeg genomen mag worden met een lagere overtuigingsgraad naarmate het gevolg ernstiger is. Een ander vraagstuk is of een negatieve waarderingsgraad voor een bepaald gevolg – bijvoorbeeld het hopen dat een gevolg niet intreedt – het opzet zou moeten aantasten. Ten slotte kan de vraag opgeworpen worden of een lage overtuigingsgraad voor een bepaald gevolg gecompenseerd zou moeten kunnen worden door een hoge waarderingsgraad voor dat gevolg. De vraag of doel-opzet ook bewustheid van een aanmerkelijke kans vereist, kan in die sleutel worden geplaatst.<sup>232</sup>

In het onderhavige hoofdstuk en in hoofdstuk 5 zal ik primair aandacht schenken aan één aspect van de opzetdiscussie. De hoofdvraag is of de cognitieve of de volitieve opzettheorie de beste verklaring biedt voor de jurisprudentie van de Hoge Raad. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, zal ik soms getallen postuleren met betrekking tot overtuigingsgraden en waarderingsgraden. Het vraagstuk van de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ wordt buiten de discussie gehouden door de grens arguendo op 10 procent te stellen.<sup>233</sup> Het valt te hopen dat de verschillen tussen de cognitieve opzettheorie en de diverse varianten van de volitieve opzettheorie op deze wijze duidelijk voor het voetlicht kunnen worden gebracht.

#### 4.5 De onbewustheidsthese

1. De wil van de verdachte was niet gericht op het veroorzaken van zijn eigen dood.
- 2a. Als er een aanmerkelijke kans is dat een ander zal overlijden, dan bestaat er ook een beduidende kans dat de verdachte zelf zal overlijden.
- 2b. Als de verdachte zich bewust was geweest van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander, dan zou hij zich ook bewust geweest zijn van de beduidende kans op zijn eigen dood.

---

<sup>232</sup> Zie Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 363-364 en 409-411 voor een cijfermatig gedachte-experiment dat gemakkelijk in het raamwerk van de kansintegratietheorie kan worden geplaatst.

<sup>233</sup> In hoofdstuk 7 en 8 wordt aandacht besteed aan het begrip ‘aanmerkelijke kans’. Het verdient opmerking dat in die hoofdstukken de nadruk ligt op de kans in objectieve zin, terwijl in het onderhavige hoofdstuk en in hoofdstuk 5 de nadruk ligt op de kans in subjectieve zin (de overtuigingsgraad). In paragraaf 7.4 zal ik, naar aanleiding van een door mij gehouden empirisch onderzoek onder praktijkjuristen, bepleiten de ondergrens op 50 procent te stellen.

- 3a. De verdachte zou de optie die gepaard gaat met een beduidende kans op zijn eigen dood minder wenselijk achten dan andere opties.
  - 3b. De verdachte zou niet kiezen voor de minst wenselijke optie.
  - 3c. Ergo, hij zou niet handelen ondanks de bewustheid van een beduidende kans op zijn eigen dood.
4. De verdachte is zich niet bewust geweest van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander.

De laatste these die mede een verklaring biedt voor de Porschezaak is dat de bestuurder zich niet bewust was van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander op het moment dat hij de fatale inhaalmanoeuvre aanving. Deze onbewustheidsthese (4) bouwt logisch voort op de zelfbehoudsthese (1), de gevaarperceptiethese (2) en de rationaliteitsthese (3).

De voor opzet vereiste geestesgesteldheid – de verdachte handelde terwijl hij zich bewust was van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander – kan alleen worden aangenomen als een van de drie hieronder weergegeven alternatieve theses voor juist wordt gehouden. De van een apostrof voorziene nummers van deze *alternatieve* theses corresponderen met de nummers van de hierboven weergegeven theses waarmee ze conflicteren.

- 1'. De wil van de verdachte was gericht op het veroorzaken van zijn eigen dood dan wel hij was (vrijwel) indifferent met betrekking tot zijn eigen dood.
- 2'. De verdachte heeft niet ingezien dat een aanmerkelijke kans op de dood van een ander gepaard ging met een beduidende kans op zijn eigen dood.
- 3'. De verdachte heeft gekozen voor de minst wenselijke optie.

These 3' staat haaks op de rationaliteitsthese. Deze alternatieve these conflicteert met het maximaliseringsprincipe dat ten grondslag ligt aan de kansintegratietheorie. Acceptatie van these 3' zou menselijk handelen volstrekt onbegrijpelijk maken. Waarom zou iemand die optie *x* prefereert boven optie *y* (terwijl hij meent dat hij vrijelijk voor hetzij *x*, hetzij *y* kan kiezen) toch kiezen voor optie *y*? Het maximaliseringsprincipe – de actor zal kiezen voor de optie die hij het liefst wil – behelst een fundamenteel uitgangspunt van rationaliteit. Het verdient geen aanbeveling het maximaliseringsprincipe in een juridische context terzijde te stellen.<sup>234</sup>

---

<sup>234</sup> Zie voor een filosofische verwerping van het maximaliseringsprincipe: Clarke 1994, 'Doing what one wants less: a reappraisal of the law of desire' en Gert 2005, 'Breaking the law of desire'. Als al zou worden aangenomen dat deze verwerping op zichzelf beschouwd juist is, dan valt nog steeds te verwachten dat mensen alleen in hoogst uitzonderlijke omstandigheden zouden kiezen voor de optie die ze niet het liefst willen.

These 1' staat haaks op de zelfbehoudsthese. Deze alternatieve these kan binnen het raamwerk van de kansintegratietheorie worden geanalyseerd. De these behelst dat de bestuurder een positieve waarderingsgraad, een neutrale waarderingsgraad (0) of slechts een zeer geringe negatieve waarderingsgraad heeft gehad met betrekking tot de eigen dood. Dat brengt mee dat weinig of geen tegenmotiverende kracht uitgaat van de mogelijkheid zelf het leven te verliezen.

These 2' staat haaks op de gevaarperceptiethese. Ook deze alternatieve these kan binnen het raamwerk van de kansintegratietheorie worden geanalyseerd. Als de verdachte niet heeft ingezien dat een aanmerkelijke kans op de dood van een ander gepaard ging met een beduidende kans op zijn eigen dood, dan kan dat op twee manieren hebben plaatsgevonden. In de eerste plaats kan de bestuurder beschikt hebben over een lage overtuigingsgraad met betrekking tot zijn eigen dood (bijvoorbeeld 0,01 of lager). Dat betekent dat de onwenselijkheid van de eigen dood met ten minste een factor 100 wordt genivelleerd. In de tweede plaats is het mogelijk dat de bestuurder op het moment van inhalen in het geheel niet gedacht heeft aan de mogelijkheid van zijn eigen dood. In dat geval heeft deze mogelijkheid geen enkele invloed op de keuze van de bestuurder uitgeoefend. Hoewel these 2' verklaart waarom de mogelijkheid van de eigen dood weinig impact heeft gehad, moet nog een extra assumptie worden gemaakt om opzet te kunnen bewijzen. Het moet eveneens aannemelijk zijn dat de bestuurder (vrijwel) indifferent was met betrekking tot het veroorzaken van de dood van een ander.<sup>235</sup> Hoewel die these minder onaannemelijk is dan de these dat iemand indifferent staat ten opzichte van zijn eigen leven, is het nog steeds een behoorlijk boude these. In paragraaf 8.5 zal ik betogen dat mensen het optreden van een botsing over het algemeen zeer negatief zouden waarderen. Het vooruitzicht dat andere mensen bij een botsing de dood zouden kunnen vinden, vormt een van de verklarende factoren daarvoor.<sup>236</sup>

These 3' staat haaks op een fundamenteel uitgangspunt van menselijke rationaliteit, maar these 1' en these 2' zouden op zichzelf beschouwd juist kunnen zijn. Gezien de plausibiliteit van de in dit hoofdstuk verdedigde theses 1 en 2, zijn daarvoor wel contra-indicaties vereist. Het Hof Arnhem, dat de zaak na verwijzing behandelde, kwam zonder veel omhaal van woorden tot de conclusie dat de in casu voor het bewijs van opzet vereiste nadere motivering niet kon worden gegeven.<sup>237</sup> Het heeft er daarom alle schijn van dat er in deze concrete zaak geen aanwijzingen waren die de theses 1 en 2 op losse schroeven zouden kunnen zetten. Dat leidt dan dus tot de conclusie dat de logisch op de theses 1, 2 en 3 voortbouwende onbewustheidsthese (these 4) sterke pa-

---

Dat brengt mee dat these 3' hoe dan ook geen plausibel bewijsrechtelijk uitgangspunt oplevert.

<sup>235</sup> Om opzet te kunnen bewijzen, dient ten minste sprake te zijn van bewustheid van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander. Dat betekent dat de overtuigingsgraad voor de dood van een ander niet al te laag kan worden ingeschaald.

<sup>236</sup> Zie paragraaf 8.5.4.2.g.

<sup>237</sup> Hof Arnhem 10 maart 1997, VR 1997, 161.

pieren heeft. Dat betekent dat de verdachte zich niet bewust is geweest van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander.

#### 4.6 Moraal van het verhaal: de cognitieve component is niet vervuld

De zelfbehoudsthese – de bestuurders wil was niet op zijn eigen dood gericht – kan beschouwd worden als de hoeksteen van het Porsche-arrest. De Hoge Raad stelt buiten twijfel dat het hier gaat om een bewijsrechtelijke veronderstelling die voor weerlegging vatbaar is (“behoudens aanwijzingen voor het tegendeel”). Hoewel de zelfbehoudsthese bewijsrechtelijk van aard is, zegt het Porsche-arrest wel degelijk iets over het opzetbegrip. De psychologische assumpties en de psychische termen die gebruikt worden om het opzet te omlijnen, wekken de indruk dat de Hoge Raad het meest voelt voor een psychische interpretatie van opzet.<sup>238</sup> Dat roept vervolgens de vraag op welke psychische opzettheorie – de volitieve of de cognitieve theorie – deze uitspraak het best kan verklaren.

De heersende opvatting in de doctrine is dat de Hoge Raad in het Porsche-arrest de volitieve component van opzet heeft benadrukt.<sup>239</sup> Deze opvatting houdt in dat het arrest perfect past in de mal van de volitieve theorie, waarbij de grens tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld uitsluitend scharniert om de volitieve component. Voorwaardelijk opzet bestaat uit ‘weten’ en ‘willen’, terwijl bewuste schuld bestaat uit ‘weten’ en ‘niet willen’. Voor het Porsche-arrest geldt dan dat de cognitieve component is vervuld, maar dat niet is voldaan aan de volitieve component, omdat de bestuurders wil niet op het veroorzaken van de dood was gericht.

De volitieve duiding van het Porsche-arrest heeft alle kenmerken van een pavlovreactie. De basis van deze reactie wordt gevormd door de veronderstelling die over de wil van de bestuurder wordt gemaakt. Deze *bewijsrechtelijke* veronderstelling (zelfbehoudsthese) wordt min of meer automatisch in verband gebracht met een *materieelrechtelijk* vereiste van opzet (volitieve component). De redenering komt op het volgende neer: de bestuurder wilde zichzelf en anderen niet doden; ergo, de volitieve component van opzet (‘willen’) is niet vervuld. Deze koppeling wordt gevolgd door een tweede pavlovreactie. Er wordt klakkeloos van uitgegaan dat de cognitieve component van opzet (‘weten’) vervuld moet zijn geweest. Dat brengt vervolgens mee dat het arrest perfect past in de mal van de volitieve theorie (‘weten’ + ‘niet willen’).

Ik kan mij niet vinden in de heersende interpretatie van het Porsche-arrest. Als de Hoge Raad al iets wezenlijks over de psychische aard van het opzetbegrip zegt, dan gaat dat veeleer over het belang van de cognitieve component. De speculaties over wat de bestuurder al dan niet heeft gewild (zelfbehoudsthese) strekken ertoe een inferentie met betrekking tot de bewustheid van de bestuurder mogelijk te maken (onbewustheidsthese). De specula-

<sup>238</sup> Zie ook paragraaf 3.5.

<sup>239</sup> Zie voetnoot 200.

ties over de wil van de bestuurder dienen uitsluitend een bewijsrechtelijk doel. De daarop gebaseerde inferentie heeft echter wel degelijk materieelrechtelijke relevantie. Zij vormt een aanwijzing dat bewustheid een essentieel vereiste van het begrip opzet vormt.

Deze cognitieve interpretatie is in lijn met de overwegingen van de Hoge Raad. De Hoge Raad zegt eerst iets over de vermoedelijke wilsrichting van de verdachte. Hij wijst daarbij op de onwaarschijnlijkheid van het aanvaarden van de aanmerkelijke kans op de eigen dood en de met het kennelijke doel een botsing te voorkomen afgebroken inhaalmanoeuvres. Vervolgens stelt de Hoge Raad dat deze factoren erop wijzen “dat althans in de voorstelling en naar de verwachting van de verdachte [de fatale] manoeuvre niet tot een botsing zou leiden”. Deze conclusie noopt de Hoge Raad er ten slotte toe een motiveeringsgebrek aan te nemen.

De conclusie kan zijn dat de onbewustheidsthese – de veronderstelling dat de inhaalmanoeuvre in de *voorstelling* en naar de *verwachting* van de verdachte niet tot een botsing zou leiden – zich in de visie van de Hoge Raad niet verdraagt met het aannemen van opzet. Aangezien de termen ‘voorstelling’ en ‘verwachting’ evident verwijzen naar cognitieve geestesgesteldheden, ligt het voor de hand te concluderen dat de cognitieve component van opzet in het geding is.<sup>240</sup> Als in de voorstelling en naar de verwachting van de verdachte geen *botsing* zou plaatsvinden, dan is het logisch te concluderen dat in zijn voorstelling en naar zijn verwachting evenmin *de dood van een ander* zou optreden. Dat brengt mee dat de cognitieve component van opzet niet vervuld is.

#### 4.7 Het analytische verband tussen de cognitieve en de volitieve component

Volgens de cognitieve opzettheorie bestaat er een analytisch verband tussen de cognitieve en de volitieve component.<sup>241</sup> Als de cognitieve component is vervuld (bewustheid van een aanmerkelijke kans), dan is noodzakelijkerwijs ook voldaan aan de volitieve component. Als de cognitieve component *niet* is vervuld (geen bewustheid van een aanmerkelijke kans), dan geldt noodzakelijkerwijs hetzelfde voor de volitieve component. De beide componenten kunnen niet los van elkaar variëren. De volitieve karakterisering van bewuste schuld (‘weten’ + ‘niet willen’) wordt bijna gezien als een misdad tegen de logica. In deze paragraaf bespreek ik welke redenen kunnen worden aangevoerd voor de afhankelijkheid tussen ‘weten’ en ‘willen’.

De afhankelijkheidsthese kan nader worden geduid aan de hand van de kansintegratietheorie. De theorie maakt inzichtelijk dat de aanmerkelijke kans op het gevolg deel uitmaakt van een optie die wenselijker is dan (of ten minste

---

<sup>240</sup> In paragraaf 5.3.4.3 ga ik dieper in op het onderscheid tussen cognitieve en volitieve geestesgesteldheden.

<sup>241</sup> Zie paragraaf 3.4.2.

net zo wenselijk is als) welke andere optie dan ook. Het feit dat de actor geen optie heeft met een hogere wenselijkheidsgraad wordt noodzakelijkerwijs als 'willen' bestempeld. Het kan zich uiteraard voordoen dat de actor hoopt dat het gevolg niet plaats zal vinden. Aangezien deze hoop de actor er niet toe aanzet een andere keuze te maken, kan echter niet gesproken worden van 'niet willen'.

Een en ander kan met een voorbeeld worden geïllustreerd. Stel, een gezochte crimineel die achter het stuur van een auto zit, krijgt op een zeker moment een stopteken van een politieagent te voet. In de beleving van de crimineel doen zich vervolgens twee opties voor. In de eerste plaats kan ze arrestatie voorkomen door op de agent af te blijven rijden. Ze hoopt daarbij dat de agent opzij zal springen, maar ze ziet ook onder ogen dat er een mogelijkheid is dat de agent het leven laat. In de tweede plaats kan ze de auto tot stilstand brengen met als onaangenaam gevolg dat ze zal worden gearresteerd. Dit voorbeeld wordt van getallen voorzien in tabel 4.3 en 4.4.

**Tabel 4.3** Wenselijkheidsgraden van mogelijkheden

Mogelijkheid	Wenselijkheidsgraad	Overtuigingsgraad	Waarderingsgraad
Ontsnapping met dood agent	$0,10 \times -50 = -5$	0,10	-50
Ontsnapping zonder dood agent	$0,90 \times 10 = 9$	0,90	10
Geen ontsnapping	-10		

**Tabel 4.4** Wenselijkheidsgraden van opties

Optie	Totale wenselijkheidsgraad
Ontsnapping	$-5 + 9 = 4$
Geen ontsnapping	-10

De in tabel 4.3 en 4.4 opgenomen getallen geven aan dat de actor ervoor zal kiezen in te rijden op de agent. De cognitieve opzettheorie bestempelt deze keuze als doodslagopzet. De aanmerkelijke kans (10 procent) om de agent te doden, maakt deel uit van een optie (ontsnapping) die een hogere wenselijkheidsgraad heeft (4) dan de optie waarbij geen ontsnapping plaatsvindt (-10). Het feit dat de actor wel degelijk de hoop koestert dat de agent het zal overleven, staat daar niet aan in de weg. De geestesgesteldheid die hier wordt aangeduid als 'hopen' komt tot uitdrukking in de zeer negatieve waarderingsgraad ten aanzien van het doden van de agent tijdens de ontsnapping (-50).<sup>242</sup>

<sup>242</sup> Het verdient opmerking dat deze waarderingsgraad betrekking heeft op twee met elkaar samenhangende mogelijkheden (de ontsnapping én de dood van de agent). Er mag van uitgegaan worden dat het enkele vooruitzicht de agent te doden eveneens

Aangezien deze hoop de actor niet noopt tot het maken van een andere keuze, is de volitieve component wel degelijk vervuld in de ogen van de cognitieve theorie. De volitieve component wordt bepaald op basis van de relatieve sterkte van de wenselijkheidsgraad van de optie waarvan de mogelijkheid van de dood van de agent deel uitmaakt ( $4 > -10$ ); de volitieve component wordt niet bepaald aan de hand van de negatieve waarderingsgraad voor de mogelijkheid de agent te doden tijdens de ontsnapping ( $-50$ ).

In het bovenstaande is aandacht besteed aan het eerste aspect van de afhankelijkheidsthese: 'willen' volgt noodzakelijkerwijs uit 'weten'. Het tweede aspect van de afhankelijkheidsthese houdt in dat 'niet willen' logisch volgt uit 'niet weten'. Dit aspect kan geïllustreerd worden door het bovenstaande voorbeeld in twee opzichten aan te passen. Laten we in de eerste plaats aannemen dat de actor zich enkel bewust is van een niet-aanmerkelijke kans op de dood van de agent (bijvoorbeeld een overtuigingsgraad van 0,01). Laten we er in de tweede plaats van uitgaan dat de actor volledig indifferent staat ten aanzien van de mogelijkheid dat de agent de dood zal vinden (een waarderingsgraad van 0). Dat brengt mee dat de wenselijkheidsgraad van de optie om te ontsnappen in het geheel niet wordt beïnvloed door de mogelijkheid van de dood van de agent.<sup>243</sup> Deze situatie wordt weergegeven in tabel 4.5 en 4.6.

**Tabel 4.5** Wenselijkheidsgraden van mogelijkheden

Mogelijkheid	Wenselijkheidsgraad	Overtuigingsgraad	Waarderingsgraad
Ontsnapping met dood agent	$0,01 \times 10 = 0,10$	0,01	10
Ontsnapping zonder dood agent	$0,99 \times 10 = 9,90$	0,99	10
Geen ontsnapping	-10		

**Tabel 4.6** Wenselijkheidsgraden van opties

Optie	Totale wenselijkheidsgraad
Ontsnapping	$0,10 + 9,90 = 10$
Geen ontsnapping	-10

---

negatief gewaardeerd zou worden, aangezien het vooruitzicht om te ontsnappen positief wordt gewaardeerd.

<sup>243</sup> Dit verklaart waarom de uit twee met elkaar samenhangende mogelijkheden bestaande mogelijkheid 'ontsnapping met dood agent' dezelfde waarderingsgraad (10) heeft als de mogelijkheid 'ontsnapping zonder dood agent'. Het al dan niet overlijden van de agent heeft geen invloed op de waarderingsgraad van de respectievelijke mogelijkheden.

In dit voorbeeld is de optie waarbij ontsnapping plaatsvindt nog wenselijker (10) dan in het eerdere voorbeeld het geval was (4). Dat betekent dat het verschil met de optie waarbij geen ontsnapping plaatsvindt (-10) zelfs nog groter is (een verschil van 20 in plaats van 14). In de ogen van de cognitieve theorie is de cognitieve component hier niet vervuld, omdat de actor niet handelde ondanks de bewustheid van een aanmerkelijke kans (waarvan de ondergrens arguendo op 10 procent is gesteld).<sup>244</sup> Dat brengt mee dat hetzelfde geldt voor de volitieve component. Er kan hier enkel gesteld worden dat de actor een niet-aanmerkelijke kans ( $\frac{1}{100}$ ) heeft aanvaard als onderdeel van het totale pakket. Deze volitieve psychische act is volgens de cognitieve theorie onvoldoende om de volitieve component te vervullen. Dat is zelfs het geval als het voorbeeld wordt aangepast in de zin dat de actor het intreden van de dood positief zou waarderen. Dat betekent dat de optie waarbij ontsnapping plaatsvindt nog iets wenselijker zou worden. Nog steeds geldt echter dat de actor slechts een niet-aanmerkelijke kans op het gevolg heeft aanvaard.<sup>245</sup> Het 'niet willen' volgt zonder meer uit het 'niet weten'.

In bepaalde volitieve benaderingen zou in dit voorbeeld opzet aan de bestuurster worden toegeschreven. Deze benadering vereist een andere interpretatie van zowel de cognitieve component (zie paragraaf 5.2) als de volitieve component (zie paragraaf 5.3). Met betrekking tot de cognitieve component dient dan niet de eis te worden gesteld dat het gaat om actueel bewustzijn van een aanmerkelijke kans. De actors indifferentie ( $W = 0$ ) dan wel positieve waarderingsgraad ( $W > 0$ ) ten aanzien van de dood kan vervolgens dienen als basis voor de volitieve component. Een belangrijke factor daarbij is dat de kansintegratietheorie in dit geval voorspelt dat de bestuurster ook zou hebben gehandeld als zij het gevolg met een grotere mate van zekerheid had voorzien.<sup>246</sup>

Ik zal nu kort stilstaan bij de vraag hoe de cognitieve grens tussen opzet en schuld gerechtvaardigd kan worden. Waarom levert handelen (of nalaten te handelen) ondanks bewustheid van de aanmerkelijke kans noodzakelijkerwijs opzet op? De ratio van deze cognitieve grens is gelegen in de mogelijkheid te kiezen voor het vermijden van de optie waarvan de aanmerkelijke kans op het gevolg deel uitmaakt.<sup>247</sup> In alle gevallen waarin de cognitieve component is

<sup>244</sup> Het verdient opmerking dat de bestuurster niet heeft gehandeld met doelopzet, aangezien ze niet handelde om het gevolg te bewerkstelligen (zie paragraaf 3.2). Het is een open vraag of ook bij doelopzet sprake dient te zijn van de bewustheid van een aanmerkelijke kans. Zelf heb ik de opvatting verdedigd dat ook in dat geval bewustheid van een aanmerkelijke kans is vereist. Zie Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 363-369. Machielse 2016, aantekening 5.3.5 en 5.6 over 'opzet' (NLR) verdedigt de tegenovergestelde opvatting, die vermoedelijk heersend is.

<sup>245</sup> Het enkele feit dat de actor het gevolg positief waardeert, brengt overigens niet mee dat sprake is van doelopzet. Daarvoor is vereist dat het gevolg een reden om te handelen vormt. Zie paragraaf 3.2.

<sup>246</sup> Zie paragraaf 5.3.3.

<sup>247</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 418-420.



vervuld, kan gesteld worden dat de actor heeft nagelaten een andere keuze te maken.

Het is belangrijk te benadrukken dat de mogelijkheid een andere keuze te maken de actor alleen toekomt als hij controle denkt te hebben over het al dan niet plaatsvinden van die optie. Dit vereiste kan geïllustreerd worden met een voorbeeld waarbij dat niet het geval is. Stel, een treinmachinist ziet iemand op de rails stappen en hij realiseert zich dat hij een dodelijke aanrijding niet meer kan voorkomen. Noopt de cognitieve opzettheorie nu tot de opvatting dat sprake is van opzet, omdat sprake is van ‘weten’ en daarom dus ook van ‘willen’?

Ik meen dat die vraag ontkennend beantwoord dient te worden. Een psychische gesteldheid kan alleen als opzet bestempeld worden als zij gericht is op een relatie tussen de actor en een bepaalde toestand.<sup>248</sup> Bij doodslag dient de psychische gesteldheid van de actor gericht te zijn op het feit dat *hij* een ander (mogelijk) van het leven zal beroven. Dat doet zich voor als de actor meent dat hij zou kunnen kiezen voor een andere optie (voorgestelde controle). Controle maakt noodzakelijkerwijs deel uit van het opzet-object – datgene waar de psychische act op gericht is. Een treinmachinist die zich bewust is van de aanmerkelijke kans dat de trein iemand zal doden, heeft derhalve geen opzet op de dood als hij denkt dat hij het niet in zijn macht heeft dat gevolg te vermijden. Er is geen sprake van ‘weten’ zoals vereist is voor strafrechtelijk opzet.

Advocaat-Generaal Knigge snijdt in zijn conclusie bij HR 11 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3149 een vergelijkbaar vraagstuk aan. Knigge gaat in op de vraag of de bestuurder een aanrijding nog wel kon voorkomen op het moment dat hij het slachtoffer voor het eerst waarnam. Knigge komt na het geven van een aantal fraaie voorbeelden tot de volgende conclusie:

“In het voorgaande is betoogd dat van opzet geen sprake kan zijn als de dader het intreden van het gevolg niet kan voorkomen en tevens dat het vereiste opzet aanwezig moet zijn op het moment waarop de verdachte nog anders kon handelen om het gevolg te vermijden. Een kwalijke gezindheid die niet gerelateerd is aan een eigen strafrechtelijk relevante gedraging – aan een op dat moment bestaande keuzemogelijkheid tot anders handelen – levert daarom geen opzet op.”<sup>249</sup>

Knigge wijst er terecht op dat de kwalijke gezindheid verband moet houden met het kunnen kiezen voor een andere optie. Knigge wekt in sommige passages de indruk dat het hem ook te doen is om het daadwerkelijk anders kunnen handelen. Voor zover hij dat bedoelt, is sprake van een verschil in opvatting. In mijn opvatting zou het bij opzet alleen moeten gaan om voorgestelde con-

---

<sup>248</sup> Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 380-381, 387-388 en 418-420.

<sup>249</sup> Conclusie Advocaat-Generaal Knigge bij HR 11 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3149 (punt 5.10).

trole. Iemand die denkt een gevolg te kunnen vermijden, hoewel dat in werkelijkheid niet zo is, voldoet aan het controlevereiste van opzet.<sup>250</sup> Anderzijds beschikt iemand die denkt dat hij het gevolg niet kan vermijden, hoewel hij het gevolg in werkelijkheid wel had kunnen vermijden, niet over de voor opzet vereiste voorgestelde controle.

In het bovenstaande is betoogd dat de rechtvaardiging van de cognitieve grens samenhangt met de door de actor ervaren keuzevrijheid. Het nalaten een andere keuze te maken, hoewel de actor dacht dat hij een andere keuze kon maken, vormt een *prima facie* reden voor het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het betreft slechts een *prima facie* reden, aangezien rechtvaardigingsgronden en schulditsluitingsgronden ook nog in de weg kunnen staan aan het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. In die gevallen kan gesteld worden dat het maken van een andere keuze bij nader inzien niet van de actor gevegd kon worden.

Deze aan de cognitieve grens ten grondslag liggende ratio wordt niet aangetast in het geval de actor het gevolg niet wenst dan wel hoopt op het uitblijven daarvan. De reden daarvoor is dat een dergelijke negatieve waarderingsact de actor niet heeft genoopt tot een op het vermijden van dat gevolg gerichte keuze. Een dergelijke geestesgesteldheid vormt een vrijblijvende manifestatie van de waarderingsact, aangezien zij niet wordt vertaald in een gedraging.

De vraag kan opgeworpen worden of aanhangers van de cognitieve opzettetheorie zouden moeten vasthouden aan het begrippenkader bestaande uit 'weten' én 'willen'. Enerzijds kan verdedigd worden dat opzet zoals dat wordt begrepen volgens de cognitieve theorie goed in een volitieve sleutel geplaatst kan worden. Het nalaten een andere keuze te maken, kan immers verklaard worden aan de hand van de actors preferenties: de aanmerkelijke kans op het gevolg maakt deel uit van een optie die wenselijker wordt geacht dan (of ten minste net zo wenselijk wordt geacht als) welke andere optie dan ook.

Anderzijds kan gewezen worden op een mogelijk bezwaar van het vasthouden aan de volitieve component ('willen'). Het komt mij voor dat de meeste gevallen die volgens de cognitieve theorie voorwaardelijk opzet zouden opleveren, gekenmerkt worden door een negatieve waarderingsgraad voor het gevolg (de actor hoopt dat het gevolg niet zal intreden). Het gebruik van volitieve termen kan ten onrechte de indruk wekken dat een dergelijke negatieve waarderingsact het opzet aantast. Om verwarring te voorkomen, zouden aanhangers van de cognitieve theorie er wellicht voor kunnen opteren afstand te doen van al te volitief gekleurde termen.<sup>251</sup> Wat dat betreft verdienen termen als 'aanvaarden' of 'op de koop toenemen' de voorkeur boven de term 'willen'. Het is immers goed mogelijk (een kans op) een gevolg te aanvaarden, hoewel men het intreden van het gevolg op zichzelf beschouwd niet wil. Het lijkt er zelfs op dat dergelijke termen primair zijn bedoeld voor gevallen van

<sup>250</sup> Dat neemt niet weg dat onder omstandigheden een ondeugdelijke poging zou kunnen worden aangenomen. Zie in dat verband ook paragraaf 7.3.3.3.

<sup>251</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 428-430.

‘nolens volens’ (willens nillens). Iets wat men niet wil (nolens) wordt aanvaard, omdat dit verklonken is met iets wat men wél wil (volens).

In het bovenstaande ging het om de vraag waarom de cognitieve component volstaat voor het aannemen van opzet. Een andere, lastig te beantwoorden vraag is waarom opzet een relatief hoge overtuigingsgraad – bewustheid van een *aanmerkelijke* kans – vereist.<sup>252</sup> Is het wel billijk, zo kan men zich afvragen, dat iemand die volledig indifferent staat ten aanzien van het veroorzaken van iemands dood profiteert van het feit dat hij slechts een niet-aanmerkelijke kans heeft voorzien? Deze retorisch aandoende vraag smeekt om een ontkenkend antwoord. Echter, de overtuigingskracht van de vraag zou bij nader inzien wel eens gebaseerd kunnen zijn op het feit dat de vraag veronderstelt wat eigenlijk bewezen dient te worden (*petitio principii*). De vraag veronderstelt namelijk dat de actor volledig indifferent staat ten aanzien van het veroorzaken van iemands dood. Deze veronderstelling dient echter gestaafd te worden met overtuigend bewijsmateriaal. Het beste bewijs van indifferentie wordt gevormd door het daadwerkelijk handelen ondanks een hoge overtuigingsgraad ten aanzien van het gevolg. Dat bewijs is in dit geval niet beschikbaar, aangezien de actor zich nu eenmaal slechts bewust was van een niet-aanmerkelijke kans. Dat betekent dat we de indifferentie slechts kunnen benaderen door de vraag te stellen of de actor ook gehandeld zou hebben als hij het gevolg met een grotere mate van zekerheid had voorzien.<sup>253</sup> In de regel zal het lastig zijn overtuigend bewijsmateriaal te vinden voor deze voorspelling. Dat bewijsmateriaal kan in elk geval niet ontleend worden aan de gedraging die heeft plaatsgevonden. Dat noopt tot de conclusie dat de vraag waarom een indifferente actor zou mogen profiteren van zijn lage overtuigingsgraad is terug te voeren op een nauwelijks vast te stellen veronderstelling. Net als het bewijs van de pudding in het eten daarvan gelegen is – om maar eens een anglicisme te gebruiken – zou gesteld kunnen worden dat het bewijs van immoraliteit wordt gevormd door het daadwerkelijk handelen ondanks bewustheid van een aanmerkelijke kans op een kwaad gevolg.<sup>254</sup> De eis dat de subjectieve kans aanmerkelijk moet zijn, staat zo gezien in het teken van een bewijsbaar materieelrechtelijk begrippenkader.

---

<sup>252</sup> In dit hoofdstuk heb ik het vraagstuk van de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ buiten de discussie gehouden door de grens arguendo op 10 procent te stellen. In paragraaf 7.4 zal ik, naar aanleiding van een door mij gehouden empirisch onderzoek onder praktijkjuristen, bepleiten de ondergrens op 50 procent te stellen.

<sup>253</sup> Zie paragraaf 5.3.3 met betrekking tot het criterium van de voorspelde voorwaardelijke wenselijkheid.

<sup>254</sup> Het gaat om het spreekwoord: ‘The proof of the pudding is in the eating.’

#### 4.8 Beoordeling van de volitieve component: wat heeft de bestuurder al dan niet gewild?

In de voorgaande paragraaf is uiteengezet dat de volitieve component in de ogen van de cognitieve opzettheorie afhankelijk is van het al dan niet vervuld zijn van de cognitieve component. Het oordeel dat de cognitieve component in de Porschezaak niet is vervuld, leidt daarom automatisch tot het oordeel dat de volitieve component eveneens niet is vervuld. Dat oordeel kan puur op analytische gronden worden bereikt. Het is niet nodig dit oordeel te onderbouwen met additionele psychologische veronderstellingen.

Volgens de volitieve opzettheorie bestaat geen analytisch verband tussen ‘weten’ en ‘willen’.<sup>255</sup> Aangezien beide componenten vervuld moeten zijn om voorwaardelijk opzet aan te nemen, zou een aanhanger van de volitieve theorie er evengoed voor kunnen kiezen de volitieve component direct te beoordelen. Zo zou in de Porschezaak opgeworpen kunnen worden dat de volitieve component niet is vervuld, aangezien de bestuurder de dood van een ander niet heeft aanvaard. Volgt daaruit dat een aanhanger van de volitieve theorie met recht zou kunnen stellen dat het in de Porschezaak toch gaat om de volitieve component?

De these dat de bestuurder de dood van een ander niet heeft aanvaard, is inderdaad plausibel. Ik zou echter willen betogen dat deze these niet gebaseerd kan worden op een directe observatie van wat de bestuurder al dan niet heeft gewild. De these dat geen sprake is van ‘willen’, vloeit voort uit de these dat geen sprake is van ‘weten’. Het betreft hier geen analytisch verband – zoals we dat zagen bij de cognitieve theorie – maar het is een feilbare psychologische inferentie. Mensen hebben over het algemeen geen reden te speculeren over de vraag hoe ze de dood van een ander waarderen. Het is doorgaans pas noodzakelijk de vraag of men de dood van een ander aanvaardt onder ogen te zien als men daadwerkelijk voorziet dat het veroorzaken van de dood een mogelijkheid is. Als de onbewustheidsthese juist is, dan geldt daarom zeer waarschijnlijk hetzelfde voor de these dat niet aanvaard is. Het is van belang op te merken dat ‘niet aanvaarden’ hier ziet op de afwezigheid van een geestesgesteldheid. Het gaat niet om een negatieve waarderingsact, maar er is simpelweg geen volitieve act met betrekking tot de dood.<sup>256</sup>

---

<sup>255</sup> Zie paragraaf 3.4.3.

<sup>256</sup> Het verdient opmerking dat de aan deze conclusie ten grondslag liggende onbewustheidsthese op haar beurt weer mede is gebaseerd op de these dat de actor de optie die gepaard gaat met een beduidende kans op zijn eigen dood minder wenselijk *zou* achten dan andere opties. Dat betekent dat er geen volitieve act is gelokaliseerd. Het verband loopt dus van ‘zou niet hebben gewild’ via ‘heeft niet geweten’ naar ‘heeft niet gewild’.

Is het oordeel dat een volitieve geestesgesteldheid ontbreekt, dat op zijn beurt weer is afgeleid uit het oordeel dat een cognitieve geestesgesteldheid ontbreekt, alles wat er te zeggen valt over het doorslaggevend geachte volitieve criterium dat bewuste schuld van voorwaardelijk opzet zou moeten onderscheiden? Het lijkt er inderdaad op dat de Porschezaak als zodanig het niet toelaat meer te zeggen over het volitieve criterium. Zo bezien past de Porschezaak bitter slecht in het analytische raamwerk van de volitieve theorie.

## Hoofdstuk 5

# Een volitieve analyse van de Porschezaak

### 5.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is betoogd dat de cognitieve opzettheorie de beste verklaring biedt voor de Porschezaak. De meest voor de hand liggende karakterisering van de bestuurder is: ‘niet weten’ én ‘niet willen’. Wil de Porschezaak verklaard kunnen worden aan de hand van de volitieve theorie, dan moet beargumenteerd worden dat in deze zaak sprake is van ‘weten’ en ‘niet willen’. Deze benadering roept de volgende twee lastige vragen op:

1. Hoe kan de cognitieve component vervuld zijn als de botsing niet was *voorgesteld* en *verwacht* door de bestuurder?
2. Bestaat er een criterium voor de volitieve component dat onafhankelijk van de cognitieve component functioneert, zodat een exclusief volitief onderscheid tussen opzet en schuld kan worden verwezenlijkt?

In de volgende twee paragrafen bespreek ik een aantal mogelijke antwoorden op deze vragen. In paragraaf 5.2 ga ik in op drie alternatieve interpretaties van de cognitieve component. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 5.3 drie alternatieve interpretaties van de volitieve component. In paragraaf 5.4 worden deze alternatieve interpretaties afgezet tegen de jurisprudentie van de Hoge Raad. De vraag is welke volitieve interpretatie de rechtspraak van de Hoge Raad het best kan verklaren. In paragraaf 5.5 wordt deze volitieve interpretatie afgezet tegen de cognitieve interpretatie die in het vorige hoofdstuk is verdedigd. In paragraaf 5.6 stel ik de vraag aan de orde hoe de Hoge Raads ambigue karakterisering van opzet verklaard zou kunnen worden. In paragraaf 5.7 sluit ik af met een aanbeveling voor de Hoge Raad.

### 5.2 De cognitieve component: anterieure wetenschap, minimale wetenschap of onbewuste wetenschap?

#### 5.2.1 Inleiding

De Porschezaak kan alleen worden gezien als een manifestatie van bewuste schuld zoals geïnterpreteerd door de volitieve theorie indien voldaan is aan de cognitieve component. Dat roept de vraag op hoe de cognitieve component vervuld kan zijn als de botsing niet was *voorgesteld* en *verwacht* door de be-

stuurder. In paragraaf 4.6 heb ik betoogd dat het feit dat de inhaalmanoeuvre in de voorstelling en naar de verwachting van de bestuurder niet tot een botsing zou leiden de cognitieve component van opzet aantast. Dat betekent dat de Porschezaak alleen in de sleutel van bewuste schuld kan worden geplaatst als de cognitieve component anders wordt geïnterpreteerd. In de onderstaande paragrafen bespreek ik drie mogelijke interpretaties van de cognitieve component. Achtereenvolgens ga ik in op anterieure wetenschap (paragraaf 5.2.2), minimale wetenschap (paragraaf 5.2.3) en onbewuste wetenschap (paragraaf 5.2.4).

### 5.2.2 Anterieure wetenschap

De eerste alternatieve interpretatie van de cognitieve component houdt in dat de cognitieve component wordt ingevuld aan de hand van op een eerder tijdstip gelokaliseerde wetenschap (anterieure wetenschap). Deze interpretatie berust op twee stappen. In de eerste plaats wordt gebruikgemaakt van een alternatieve psychologische theorie om gevaarlijk gedrag te verklaren. Deze theorie behelst in essentie dat de cognitieve geestesgesteldheid van de actor aan verandering onderhevig is. In de tweede plaats vereist deze interpretatie dat slechts een van de cognitieve geestesgesteldheden – namelijk de eerste – wordt gebruikt om de cognitieve component in te vullen.

De alternatieve psychologische theorie kan geïllustreerd worden door de theorie af te zetten tegen de kansintegratietheorie. Stel dat de Porschebestuurder een overtuigingsgraad van 0,25 heeft voor de mogelijkheid dat de inhaalmanoeuvre tot een voor anderen dodelijke botsing leidt en dat hij een overtuigingsgraad van 0,75 heeft voor de mogelijkheid van een geslaagde inhaalmanoeuvre.<sup>257</sup> De kansintegratietheorie voorspelt nu dat de bestuurder zou afzien van de inhaalmanoeuvre, aangezien een frontale botsing met hoge snelheid ook buitengewoon gevaarlijk is voor hemzelf.<sup>258</sup>

In de Porschezaak heeft de inhaalmanoeuvre daarentegen wél plaatsgevonden. De kansintegratietheorie noopt dan dus tot de conclusie dat de bestuurder waarschijnlijk niet heeft gehandeld ondanks een overtuigingsgraad die een aanmerkelijke kans oplevert. Het is nu de vraag hoe we in een dergelijke situatie toch de vereiste cognitieve component kunnen construeren. Dat zou gestalte kunnen krijgen door gebruik te maken van een minder verfijnde psychologische theorie. Deze theorie houdt in dat mensen een gradueel oordeel in een dichotoom oordeel converteren voordat ze een keuze maken.<sup>259</sup> Volgens deze psychologische theorie wordt de mogelijkheid met de hoogste

---

<sup>257</sup> Er wordt, net als in het vorige hoofdstuk, arguendo van uitgegaan dat een kans van 25 procent de voor opzet vereiste aanmerkelijke kans oplevert.

<sup>258</sup> Zie paragraaf 4.4.2.

<sup>259</sup> Vgl. Magnussen e.a. 2014, "The probability of guilt in criminal cases: are people aware of being "beyond reasonable doubt"?", p. 200. De auteurs wijzen op een vergelijkbaar mechanisme om een verklaring te bieden voor het feit dat leken bij een relatief lage overtuigingsgraad tot een veroordeling besluiten.

waarschijnlijkheid geconverteerd in een volledige overtuiging (zeker weten). In het bovengegeven voorbeeld schat de bestuurder de kans op een geslaagde inhaalmanoeuvre (75 procent) hoger in dan de kans op een botsing (25 procent). Dat betekent dat hij tot de volledige overtuiging zal komen dat hij de inhaalmanoeuvre met succes zal voltooien. Een dergelijk alles-of-nietoordeel komt neer op een overtuigingsgraad van 0 voor de mogelijkheid van een botsing. Zodra de bestuurder tot de overtuiging komt dat het wel goed zal aflopen, staat niets meer in de weg aan het vervolgen van de inhaalmanoeuvre.

De volitieve theorie kan dit alternatieve scenario aangrijpen door de cognitieve component niet in te vullen aan de hand van het dichotome oordeel dat de bestuurder er uiteindelijk toe noopte de inhaalmanoeuvre te voltooien. In plaats daarvan wordt teruggegrepen op de anterieure wetenschap (een overtuigingsgraad van 0,25). De cognitieve component wordt geacht vervuld te zijn, omdat de bestuurder zich op enig moment bewust is geweest van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander. De converteringstheorie biedt mogelijk een verklaring voor Rummelink's visie met betrekking tot bewuste schuld. Rummelink geeft de volgende omschrijving van de bewuste schuld:

“[Bewuste schuld] is aanwezig, als de dader aan het funeste gevolg dat intreden kan wel denkt, maar zijn daad toch aandurft, omdat hij in de verwezenlijking daarvan niet gelooft en haar zou nalaten, als hij het intreden wel verwachtte. Dit kan het geval zijn bij een automobilist, die met grote snelheid door een drukke straat rijdt om zijn trein nog te halen. De mogelijkheid van een aanrijding flitst door zijn brein, maar wordt teruggedrongen door de overweging, dat hij het al zo dikwijls deed zonder ongelukken, dat immers het verkeer goed geregeld is en dat juist bij drukte iedereen goed oplet, enz. Overrijdt hij dan toch iemand, dan is er plaats voor het aannemen van bewuste culpa.”<sup>260</sup>

In deze visie is de cognitieve component vervuld, omdat de mogelijkheid van een aanrijding door het hoofd van de bestuurder is geflitst. Deze mogelijkheid wordt vervolgens teruggedrongen en uiteindelijk gelooft de bestuurder niet meer in de verwezenlijking van het gevolg. Dit voorbeeld kan als bewuste schuld worden gekarakteriseerd door niet te focussen op het feit dat de actor tempore delicti niet meer geloofde in het intreden van het gevolg, maar door in plaats daarvan te focussen op de anterieure wetenschap die uiteindelijk is verdrongen.

Het is de vraag of de converteringstheorie een plausibele psychologische theorie oplevert. De converteringsstrategie, waarbij een gradueel oordeel wordt geconverteerd in een dichotoom oordeel, zou in veel situaties tot door de bank genomen bevredigende keuzes kunnen leiden. Zij is echter geen deugdelijke strategie in de context van gevaarlijke situaties (in het verkeer). Het converteren van een niet-verwaarloosbare overtuigingsgraad met betrek-

<sup>260</sup> Rummelink 1996, 'Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht', p. 205.



king tot de mogelijkheid dat een fataal ongeluk zal plaatsvinden in een volledige overtuiging dat alles wel goed zal komen, laat zich maar moeilijk begrijpen vanuit een zelfbehoudsperspectief. Dit betekent namelijk dat informatie wordt genegeerd die van het grootste belang is voor overleving. Vanuit een zelfbehoudsperspectief verdient het aanbeveling om het gevaar met betrekking tot het eigen leven te overschatten, aangezien men beter het zekere voor het onzekere kan nemen.<sup>261</sup> De converteringsstrategie heeft juist als gevolg dat de kans op gevaar voor het eigen leven ernstig wordt onderschat. Tegen deze achtergrond vormt de converteringsstrategie een weinig plausibele psychologische theorie voor menselijk handelen in gevaarlijke situaties.

### 5.2.3 Minimale wetenschap

Volgens de Hoge Raad is voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg aanwezig “indien de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat dat gevolg zal intreden.”<sup>262</sup> De wetsgeschiedenis over opzet en taalconventies brengen mee dat intentionele termen betrekking hebben op de woorden die op de term volgen.<sup>263</sup> Daaruit volgt dan dat de cognitieve component, die hier wordt uitgedrukt door de term ‘bewust’, gericht is op de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden. Daar komt bij dat de Hoge Raad in Hiv-arrest I expliciet benoemt dat vereist is “dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden”.<sup>264</sup> Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat bewustheid van een niet-aanmerkelijke kans niet volstaat voor de cognitieve component.

De benadering die centraal staat in deze paragraaf – minimale wetenschap – breekt met dat vereiste. In deze benadering kan de cognitieve component ook vervuld zijn als de actor zich slechts bewust is van een kans die niet als ‘aanmerkelijk’ kan worden beschouwd. Het gaat hier voor alle duidelijkheid alleen om de subjectieve kansgrootte (de overtuigingsgraad) en niet om de vraag of de kans in objectieve zin aanmerkelijk dient te zijn.<sup>265</sup>

Het genoegen nemen met een mindere gradatie van wetenschap leidt ertoe dat de Porschezaak gemakkelijker in overeenstemming te brengen is met de kansintegratietheorie. Het is niet ondenkbaar dat de negatieve wenselijkheid van een niet-aanmerkelijke kans op een dodelijk ongeval minder zwaar weegt dan de positieve wenselijkheid van de andere optie – een geslaagde inhaalmanoeuvre – die bijna als zeker wordt voorgesteld. Een dergelijk scenario wordt uitgebeeld in tabel 5.1 en 5.2.

---

<sup>261</sup> Vgl. Gilbert 1998, ‘The evolved basis and adaptive functions of cognitive distortions’. Zie ook paragraaf 4.3.

<sup>262</sup> HR 23 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2767.

<sup>263</sup> Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 374-381.

<sup>264</sup> HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049.

<sup>265</sup> In hoofdstuk 7 ga ik uitgebreid in op de aanmerkelijke kans in objectieve zin.

**Tabel 5.1** Wenselijkheidsgraden van mogelijkheden

Mogelijkheid	Wenselijkheidsgraad	Overtuigingsgraad	Waarderingsgraad
Eigen dood en dood anderen	$0,01 \times -80 = -0,80$	0,01	-80
Geslaagde inhaalmanoeuvre	$0,99 \times 1 = 0,99$	0,99	1
Niet inhalen	0		

**Tabel 5.2** Wenselijkheidsgraden van opties

Optie	Totale wenselijkheidsgraad
Inhalen	$-0,80 + 0,99 = 0,19$
Niet inhalen	0

In dit voorbeeld volstaat een waarderingsgraad van slechts 1 voor een geslaagde inhaalmanoeuvre om de bestuurder ertoe aan te zetten in te halen. De bestuurder aanvaardt de niet-aanmerkelijke kans ( $\frac{1}{100}$ ) op de dood van anderen, omdat de kans deel uitmaakt van het totale pakket. In dit voorbeeld neemt de bestuurder bovendien de niet-aanmerkelijke kans zijn eigen leven te verliezen op de koop toe.

Strikt genomen verdraagt deze benadering zich niet met de door de Hoge Raad in het Porsche-arrest gebezigde zinsnede dat de fatale inhaalmanoeuvre “in de voorstelling en naar de verwachting van de verdachte (...) niet tot een botsing zou leiden”.<sup>266</sup> Letterlijk genomen verwijst deze zinsnede naar een overtuigingsgraad van 0. In het spraakgebruik is het echter niet ongebruikelijk dat absoluut getoonzette cognitieve zinsneden als ‘verwachten dat niet- $\Phi$ ’ of ‘niet verwachten dat  $\Phi$ ’ ook verwijzen naar overtuigingsgraden ten aanzien van  $\Phi$  die hoger dan 0 zijn.<sup>267</sup> Zo bezien zou de benadering waarbij slechts minimale wetenschap wordt vereist toch in overeenstemming kunnen zijn met de Hoge Raads karakterisering van de geestesgesteldheid van de verdachte.

Het moet worden toegegeven dat de voor deze duiding van de Porschezaak vereiste verbale subtiliteiten gemakkelijk tot verwarring kunnen leiden. Enerzijds wordt de lage overtuigingsgraad gekarakteriseerd als ‘weten’ in de

<sup>266</sup> HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199.

<sup>267</sup> Hetzelfde fenomeen doet zich voor in de hogere regionen van de overtuigingsgraad. In landen waar het van belang is het concept zekerheidsopzet (‘knowingly’) te omlijnen wordt geen absolute zekerheid vereist, maar wordt genoeg genomen met een grote mate van zekerheid (‘practical certainty’ of ‘virtual certainty’). Vgl. Kugler 2002, ‘Direct and oblique intention in the criminal law: an inquiry into degrees of blameworthiness’, p. 12-15 en Blomsma 2012, ‘*Mens rea* and defences in European criminal law’, p. 72-73. Dezelfde redenering kan worden gevolgd met betrekking tot de zinsnede die de Hoge Raad bezigt om bewuste schuld uit te drukken: “ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden” (Hiv-arrest I: HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049). Zie ook paragraaf 5.5.3.

context van de cognitieve component. Anderzijds wordt de geestesgesteldheid van de bestuurder getypeerd als ‘voorstellen en verwachten dat geen botsing zou plaatsvinden’. Deze laatste typering moet dan wel betrekking hebben op een andere context – vermoedelijk de volitieve component.<sup>268</sup> De eerste typering focust op het feit dat er enige mate van wetenschap is, terwijl de tweede typering de meest waarschijnlijke mogelijkheid (geen botsing veroorzaken) verheft tot een volledige overtuiging. In beide gevallen wordt één aspect van de complexe psychische werkelijkheid in woorden gevangen.

Ik laat de vraag of de benadering waarbij slechts minimale wetenschap wordt vereist binnen de taalkundige kaders past verder rusten. Ik zal nu kort ingaan op de vraag of de benadering verdedigd wordt in wetenschappelijke kringen. Machielses visie laat zich goed in deze sleutel plaatsen. In de onderstaande passage betoogt hij dat bewustheid van een niet-aanmerkelijke kans onder omstandigheden voldoende zou moeten zijn voor voorwaardelijk opzet:

“De mate van verwijtbaarheid dient beslissend te zijn voor de grens tussen opzet en culpa, niet de hoegroetheid van de kans, hoewel die wel een rol speelt. Degene die een ander een klap tegen het hoofd geeft, in het besef dat in één op de tien gevallen zo een klap totaal verkeerd uitpakt en zwaar lichamenteel letsel veroorzaakt zal, als hij die kans op de koop toe neemt (‘dat is jammer dan’) waarschijnlijk voldoen aan de eisen voor (voorwaardelijk) opzet voor zware mishandeling. Maar maakt het nu inderdaad een zo groot verschil in verwijtbaarheid als de klap wordt gegeven met dezelfde geesteshouding, maar bijvoorbeeld vanuit de veronderstelling dat de kans op zwaar lichamenteel letsel minder groot is dan wat volgens de Hoge Raad ‘aanmerkelijk’ is? (...)”

Het komt mij voor dat voorstelling en wil in onderling verband een bepaalde drempel moeten overschrijden wil van voorwaardelijk opzet gesproken kunnen worden. Voor de vaststelling van de mate van verwijtbaarheid zullen beide elementen in de waardering betrokken moeten worden. Het besef van een grote waarschijnlijkheid vergt minder aan wilsgelalte om tot voorwaardelijk opzet te concluderen dan de wetenschap van een geringer risico. In het eerste geval zou voorwaardelijk opzet kunnen worden aangenomen als niet eens gezegd kan worden dat verdachte die kans bewust heeft aanvaard, maar als hij er onverschillig tegenover stond, als het hem niet kon schelen, als hij wel ziet wat er gebeurt, als hij de gok neemt. Bij het besef van een geringe kans ligt een zwaardere eis in de rede. Als de verdachte naar realisering van dat risico streeft is er uiteraard vol opzet. Als hij dat risico op de koop toeneemt (‘dat moet dan maar’) liever dan af te zien van zijn handelen lijkt hij mij ook nog binnen de opzetgrenzen te vallen.”<sup>269</sup>

<sup>268</sup> Zie paragraaf 5.3.4 over cryptocognitivism: het beoordelen van de *volitieve* component van opzet aan de hand van *cognitieve* geestesgesteldheden.

<sup>269</sup> Machielse 2016, aantekening 5.3.5 over ‘opzet’ (NLR). Voetnoten verwijderd. Bij het bespreken van de vraag of een aanmerkelijke kans in subjectieve zin aanwezig moet zijn, laat Machielse zich ook uit over de kwestie of voorwaardelijk opzet een aanmerkelijke kans in objectieve zin vereist. Hij betoogt (terecht) dat het al dan niet aanwezig zijn van deze kans in beginsel los zou moeten staan van het opzet. Dat betekent dat

Machielses opvatting komt erop neer dat een overtuigingsgraad (subjectieve kans) die niet als ‘aanmerkelijk’ is te beschouwen, toch voorwaardelijk opzet kan opleveren als de verwijtbaarheid maar boven een bepaalde drempel uitkomt. Bij een lagere overtuigingsgraad zouden zwaardere eisen aan de volitieve component moeten worden gesteld om de benodigde verwijtbaarheid te realiseren.

Het valt op dat Machielse in de bovenstaande passage helemaal niet zulke hoge eisen aan de volitieve component lijkt te stellen. Bij een lage overtuigingsgraad zou de verwijtbaarheidsdrempel al bereikt zijn als de actor “dat risico op de koop toeneemt (‘dat moet dan maar’) liever dan af te zien van zijn handelen”. Volgens de kansintegratietheorie is aan deze eis voldaan indien de wenselijkheidsgraad van de optie die de niet-aanmerkelijke kans in zich bergt groter is dan de wenselijkheidsgraad van de optie waarbij niet wordt gehandeld. Dat betekent dat bij elk handelen ondanks de bewustheid van de niet-aanmerkelijke kans voldaan is aan de volitieve component.<sup>270</sup> Zelfs een actor die hoopt op het uitblijven van het gevolg, neemt dit risico immers liever dan af te zien van handelen.

Uit een latere passage blijkt echter dat Machielse het mogelijk toch iets anders bedoelt. Hij impliceert dat de hoop op de goede afloop de volitieve component wel degelijk kan aantasten in gevallen waarin de actor zich het gevaar als niet te immens heeft voorgesteld.<sup>271</sup> Zo bezien kan Machielses benadering toch een volitieve verklaring voor de Porschezaak bieden. Er is sprake van bewuste schuld als de bestuurder hoopt dat de geringe kans op de dood van een ander (en zichzelf) zich niet realiseert. De minimale bewustheid

---

compensatie van een niet-aanmerkelijke subjectieve kans niet kan plaatsvinden door een grote objectieve kans, doch dat de compensatie via de volitieve component gestalte moet krijgen. In deze paragraaf is het mij alleen te doen om de vereiste subjectieve kansgrootte. In paragraaf 7.3.3 ga ik in op de wenselijkheid van een objectief kansvereiste.

<sup>270</sup> Als de door Machielse gebezigde term ‘liever dan’ letterlijk wordt genomen, dan is er één uitzondering. Die doet zich voor als de actor kiest voor de optie die de niet-aanmerkelijke kans in zich bergt, terwijl de optie waarbij niet wordt gehandeld een even hoge wenselijkheidsgraad heeft. Indien de actor toch tot handelen overgaat – en niet als de ezel van Buridan niet tot een keuze kan komen – dan kan niet gesteld worden dat hij liever handelt dan dat hij afziet van zijn handelen. Hij wil beide opties immers even graag. Wellicht is in dit (uitzonderlijke) geval niet voldaan aan de volitieve component.

<sup>271</sup> Machielse 2016, aantekening 5.3.5 over ‘opzet’ (NLR) stelt het volgende naar aanleiding van een uitspraak van het Bundesgerichtshof: “Uit deze uitspraak zou men wellicht kunnen afleiden dat ook voor de BGH het cognitieve en het volitieve element in het voorwaardelijk opzet in zekere zin elkaar kunnen compenseren. Als het cognitieve element erg sterk is zal de hoop op de goede afloop niet steeds kunnen bewerkstelligen dat de rechter slechts tot culpa concludeert. Men zou kunnen stellen dat zo een hoop wat tegen beter weten in gekoesterd wordt. Andersom zal dan, indien de dader zich het gevaar als niet te immens heeft voorgesteld zo een hoop wel eerder als reëel aangemerkt kunnen worden.”

vervult de cognitieve component, terwijl de hoop de volitieve component aantast.

## 5.2.4 Onbewuste wetenschap

### 5.2.4.1 Inleiding

In de vorige paragraaf stond de mate van wetenschap die vereist wordt centraal. In de onderhavige paragraaf gaat het om de aard van de vereiste wetenschap. Hoe ‘actief’ of ‘bewust’ moeten de termen waarmee de cognitieve component wordt uitgedrukt (‘welbewust’, ‘bewust’ of ‘wetens’) geïnterpreteerd worden? Dezelfde vraag kan gesteld worden met betrekking tot de door de Hoge Raad in het Porsche-arrest gebezigde termen ‘voorstelling’ en ‘verwachting’.

In paragraaf 5.2.4.2 ga ik in op het begrippenkader dat ten grondslag wordt gelegd aan de analyse van dit thema. Ik bespreek daar het onderscheid tussen expliciete, impliciete en latente wetenschap. In paragraaf 5.2.4.3 analyseer ik de opvatting van Knigge. Knigge heeft aandacht gevraagd voor de rol die onbewust ‘willen’ en onbewust ‘weten’ zouden kunnen spelen bij het opzetbegrip. In paragraaf 5.2.4.4 wordt de vraag gesteld op welke wijze onbewuste wetenschap kan worden gebruikt bij het duiden van de Porschezaak. De visie van Otte wordt daarbij aan een nadere analyse onderworpen.

### 5.2.4.2 Expliciete, impliciete en latente wetenschap

De vraag hoe ‘actief’ of ‘bewust’ de cognitieve component van opzet moet worden geïnterpreteerd, kenmerkt zich door een zekere ambiguïteit. Het verdient daarom aanbeveling te specificeren welke typen van wetenschap onderscheiden kunnen worden. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de doctrine van Engeland en Wales. Daar deed de vraag naar de aard van de vereiste wetenschap zich voor met betrekking tot de interpretatie van ‘recklessness’.<sup>272</sup> Duff maakt in dat verband onderscheid tussen drie typen wetenschap: ‘explicit knowledge’, ‘tacit knowledge’ en ‘latent knowledge’. Het onderstaande citaat geeft de essentie van zijn opvatting weer:

“Any driver has a store of *latent* general knowledge about driving and its attendant risks. To notice any risks now created by his driving he must apply this latent knowledge to his present context and be aware of the relevant aspects of that context (his speed, road conditions, etc.). He may make his knowledge of a specific risk *explicit*. He may consciously contemplate his surroundings, rehearse or call to mind his latent knowledge, and report the risk

---

<sup>272</sup> De discussie vond primair plaats naar aanleiding van de uitspraak R v Caldwell [1982] AC 341, waarin een minder subjectieve benadering van ‘recklessness’ is te herkennen.

to himself. But his knowledge of the risk may be *tacit* rather than explicit. His awareness of it may guide his actions and reactions without any such conscious process of contemplating his surroundings or calling his latent knowledge to mind. We might then say that his knowledge is 'suppressed' or 'subconscious', though I suspect that even this would be misleading.

We distinguish the explicit knowledge which is 'prominent' in his mind, to which he consciously adverts, from his tacit knowledge of his present context, which involves no such conscious contemplation. But we also distinguish both explicit and tacit knowledge from his latent knowledge. He may have the latent knowledge of the kinds of risk which driving involves which would enable him to notice the risks created by his present driving, but yet be neither explicitly nor tacitly aware of those risks. He may not notice the facts (his speed, the presence of other vehicles) in virtue of which his driving is dangerous; or he may be aware of those facts but fail to see them in the light of his latent knowledge, and thus fail to be aware of their implications."<sup>273</sup>

Het eerste door Duff onderscheiden type wetenschap is *expliciete wetenschap* ('explicit knowledge'). In de context van gevaarlijk verkeersgedrag doet deze wetenschap zich voor als de actor zijn geest actief richt op bepaalde risico's. In dat geval kan gezegd worden dat het risico op de voorgrond van zijn geest staat. Expliciete wetenschap wordt gekenmerkt door bewustzijn van de actor.<sup>274</sup> Er is sprake van bewuste wetenschap.

De andere twee typen wetenschap kenmerken zich door het feit dat de wetenschap niet tot het bewustzijn is doorgedrongen (onbewuste wetenschap). *Impliciete wetenschap* ('tacit knowledge') stuurt iemands handelen, hoewel de persoon zich daarvan niet actief bewust is.<sup>275</sup> In de context van deze paragraaf gaat het dan om aanmerkelijke kansen op een bepaald gevolg die invloed uitoefenen op het gedrag van de actor. Het is de vraag hoe vastgesteld moet worden of sprake is geweest van dit type wetenschap. Duff relateert impliciete wetenschap aan de vraag of de actor verbaasd zou zijn als iemand hem op het risico wijst.<sup>276</sup> Als geen verbazing plaatsvindt ('uiteraard was er een aanmerkelijke kans op de dood'), dan is sprake geweest van impliciete wetenschap. Zou de actor echter zijn verbazing uitspreken ('ik had me het gevaar nooit gerealiseerd'), dan is geen sprake geweest van impliciete wetenschap.

Het derde door Duff onderscheiden type wetenschap is *latente wetenschap* ('latent knowledge'). Latente wetenschap is, net als impliciete weten-

<sup>273</sup> Duff 1983, 'Caldwell and Lawrence: the retreat from subjectivism', p. 80.

<sup>274</sup> Vgl. Shute 2002, 'Knowledge and belief in the criminal law', p. 187-190 en Sullivan 2002, 'Knowledge, belief, and culpability', p. 210-212.

<sup>275</sup> Sullivan definieert het begrip op een iets andere wijze. Sullivan 2002, 'Knowledge, belief, and culpability', p. 210 (noot 8) stelt het volgende: "'Tacit knowledge' refers to those matters which are not to the forefront of D's consciousness but with which he can immediately engage by the exercise of his own volition or by way of response to stimuli."

<sup>276</sup> Duff 1983, 'Caldwell and Lawrence: the retreat from subjectivism', p. 88-89.

schap, een vorm van onbewuste wetenschap. In de context van deze paragraaf gaat het om iemands kennis over risico's in het algemeen. Dat betekent dat de wetenschap geen betrekking heeft op het risico dat zich in concreto voordoet. Latente wetenschap is een soort achtergrondkennis, die een actor in staat stelt om expliciete of impliciete wetenschap van een bepaald risico te verkrijgen.<sup>277</sup> Als hij zijn aandacht adequaat op de situatie had gericht, dan zou hij zich expliciet of impliciet bewust geweest zijn van de aanmerkelijke kans op een gevolg.

De belangrijkste kenmerken van de drie typen wetenschap worden in tabel 5.3 samengevat. In deze paragraaf staat het eerste onderscheidingscriterium (bewust/onbewust) centraal. De vraag is of strafrechtelijk opzet expliciete oftewel bewuste wetenschap vereist.

**Tabel 5.3** Kenmerken van typen wetenschap

	<b>Bewust/onbewust</b>	<b>Sturend/niet-sturend</b>	<b>Concreet/algemeen</b>
<b>Expliciete wetenschap</b>	bewust	sturend	concreet
<b>Impliciete wetenschap</b>	onbewust	sturend	concreet
<b>Latente wetenschap</b>	onbewust	niet-sturend	algemeen

#### 5.2.4.3 *Onbewust 'willen' en 'weten': de opvatting van Knigge*

De vraag hoe 'actief' of 'bewust' de voor opzet vereiste cognitieve en volitieve component moeten zijn, is in Nederland door Knigge op de agenda gezet.<sup>278</sup> Knigge verdedigt de opvatting dat niet in alle gevallen van strafrechtelijk opzet sprake hoeft te zijn van bewustzijn op het moment van handelen. In zijn visie dient een plaats te worden ingeruimd voor "onbewust willen en weten".<sup>279</sup> Dat wil zeggen dat opzet onder omstandigheden kan worden aangenomen als "elk actueel bewustzijn ten aanzien van de gevolgen ontbreekt".<sup>280</sup> Knigge adstrueert zijn opvatting aan de hand van de volgende drie voorbeelden:

<sup>277</sup> Vgl. Shute 2002, 'Knowledge and belief in the criminal law', p. 187-190.

<sup>278</sup> Knigge 2009, 'Opzet en bewustzijn'. Zie ook Knigge & Wolswijk 2015, 'Het materiële strafrecht', p. 123.

<sup>279</sup> Knigge 2009, 'Opzet en bewustzijn', p. 198.

<sup>280</sup> Knigge 2009, 'Opzet en bewustzijn', p. 198.

1. *De naar de radio luisterende drugsdealer*

Een drugsdealer vervoert in zijn auto een paar kilo cocaïne. Hij zet de radio aan en gaat zo op in het verslag van een belangrijke interland dat hij in het geheel niet meer denkt aan de cocaïne. Volgens Knigge zou dat gebrek aan bewustzijn niet aan het aannemen van opzet in de weg moeten staan.

2. *De vernielzuchtige hooligan*

Een gefrustreerde hooligan gooit een aantal ramen met straatstenen in. Gezien de ratio van de in art. 350 Sr neergelegde opzeteis – het voorkomen van strafbaarheid van iemand die abusievelijk denkt zijn eigen ruiten in te gooien – is het volgens Knigge niet nodig dat de actor tijdens zijn handeling dacht aan het aan een ander toebehoren van de ruiten.

3. *De getreiterde voetballer*

Een door zijn tegenstander getreiterde voetballer geeft de tegenstander een harde klap in het gezicht. Volgens Knigge is het niet zo waarschijnlijk dat de actor zich vlak voor hij uithaalde een concrete voorstelling heeft gemaakt van een of meer van de mogelijke gevolgen. Kan daarom, als hij zijn tegenstander een gescheurde wenkbrauw slaat, niet van opzet op dat gevolg worden gesproken? Knigge meent dat voldoende is als de voetballer zijn tegenstander *wilde* slaan en dat hij *wist* dat de gescheurde wenkbrauw tot de mogelijkheden behoorde. Knigge gebruikt de term ‘wist’ hier in de betekenis van kennis en dus niet in de betekenis van actueel bewustzijn (voorstelling).

Knigge werpt de gangbare doctrine – in het bijzonder aanhangers van de cognitieve theorie – tegen dat ze gefixeerd zijn op bewustzijn. Deze fixatie zou leiden tot onbevredigende resultaten, namelijk het niet aannemen van opzet in de bovengenoemde voorbeelden. Knigge vraagt terecht aandacht voor een thema dat door aanhangers van de cognitieve theorie onvoldoende onder ogen is gezien. In mijn proefschrift heb ik er bijvoorbeeld slechts een paar woorden aan gewijd. De strekking daarvan is dat bij opzet sprake dient te zijn van ‘actueel bewustzijn’.<sup>281</sup> Deze term wordt als tegenhanger gebruikt van de term ‘latente kennis’. Alvorens de vraag te beantwoorden of Knigges voorbeelden werkelijk tot een vrijspraak zouden leiden in een cognitieve visie, lijkt het raadzaam nader te specificeren hoe de term ‘actueel bewustzijn’ opgevat zou kunnen worden.

De zoektocht naar de interpretatie van de cognitieve component kan naar mijn mening het best aanvangen bij de ratio van de opzeteis in het straf-

---

<sup>281</sup> Zie Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 233, 258 en 426.



recht.<sup>282</sup> Deze ratio is voor een belangrijk deel gelegen in het bieden van relatief veel controle over het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. In het strafrecht worden de zwaarste straffen doorgaans gereserveerd voor opzetdelicten. Des te zwaarder gestraft kan worden, des te belangrijker is het om burgers controle te bieden over het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. Een cognitieve interpretatie van opzet zorgt ervoor dat opzetsdaders – bijzondere omstandigheden als schulditsluitingsgronden daargelaten – beschikken over veel controle. De bewustheid met betrekking tot een opzet-object – bijvoorbeeld het doden van een ander – fungeert als een soort intrapsychisch waarschuwingsbord. De bewustheid dat hij controle heeft over het al dan niet veroorzaken van de dood van een ander biedt de actor in beginsel een ideale gelegenheid een andere keuze te maken.<sup>283</sup> Het gemaakte voorbehoud ('in beginsel') ziet op buiten het opzetbegrip gelegen factoren die controle nochtans kunnen aantasten. Deze factoren komen tot uitdrukking in de schulditsluitingsgronden. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om moeilijke keuzesituaties (psychische overmacht), emotionele keuzesituaties (noodweerexces), door onjuiste informatie gestuurde keuzesituaties (avas wegens dwaling) en keuzesituaties die onder invloed staan van ernstige irrationaliteit (ontoerekeningsvatbaarheid). Met name in het laatste geval (ernstige irrationaliteit) kan de vraag zich voordoen of een aantasting van de cognitieve vermogens afgekaart moet worden bij het opzet of bij de ontoerekeningsvatbaarheid.

Het is vervolgens de vraag welke mate van bewustzijn nog in overeenstemming is te brengen met deze interpretatie. Het verdient daarbij naar mijn mening aanbeveling onderscheid te maken tussen bepaalde begeleidende omstandigheden en essentiële delictsbestanddelen. Het door Knigge gegeven voorbeeld van de vernielzuchtige hooligan is wat dat betreft instructief. Is vereist dat de actor tijdens het vernielen van de ruiten dacht aan het aan een ander toebehoren van de ruiten? Ik meen met Knigge dat dat niet het geval is. Ik zou menen dat impliciete wetenschap volstaat. Het opzet wordt alleen aangetast als de actor verbaasd zou zijn over het feit dat hij een aan een ander toebehorend goed heeft vernield. Dat doet zich bijvoorbeeld voor als hij in de veronderstelling verkeerde dat het zijn eigen huis betrof.

Hetzelfde geldt in de context van doodslag. Stel, een huurmoordenaar schiet vijf kogels door het hoofd van het beoogde slachtoffer. Later verklaart hij naar eer en geweten dat hij nooit expliciet heeft stilgestaan bij het feit dat hij de dood bij 'een ander' ging veroorzaken. Ook in dat geval wordt het opzet niet aangetast. Dat zou alleen het geval zijn bij bepaalde vormen van dwaling. Het gaat dan bijvoorbeeld om verweren in de trant van 'ik dacht dat ik op een baviaan schoot' of 'ik heb er niet aan gedacht dat de bom een ander mens dan mijzelf zou kunnen doden'. In die gevallen ontbreekt de vereiste impliciete wetenschap.

<sup>282</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 418-420.

<sup>283</sup> Zie ook paragraaf 4.7, waar ik betoogd heb dat controle noodzakelijkerwijs deel uitmaakt van het opzet-object – datgene waarop de psychische act gericht is.

Bij de bovenbesproken begeleidente omstandigheden gaat het om omstandigheden die in de meeste gevallen zo voor de hand liggend zijn dat het niet nodig is de geest daar expliciet op te richten. De geest zal zich in de regel alleen expliciet op dergelijke omstandigheden richten als de omstandigheid van belang is voor de te maken keuze en er twijfel mogelijk is over het zich al dan niet voordoen van die omstandigheid. Dergelijke begeleidente omstandigheden, waarvoor niet meer benodigd is dan impliciete wetenschap, kunnen zich in beginsel bij alle doleuze delicten voordoen. Het is niet goed mogelijk om daar algemene uitspraken over te doen. Per delictsoomschrijving zal door middel van interpretatie moeten worden vastgesteld of volstaan kan worden met impliciete wetenschap.<sup>284</sup>

Uit de hierboven aangebrachte beperking tot 'begeleidente omstandigheden' blijkt reeds impliciet dat naar mijn mening andere eisen moeten worden gesteld aan daarvan door interpretatie te onderscheiden 'essentiële delictsbestanddelen'. Het gaat dan bijvoorbeeld om het bestanddeel 'de dood veroorzaken' in art. 287 Sr. In welk opzicht verschilt dat bestanddeel nu van de bovenbesproken begeleidente omstandigheden? Het verdient in de eerste plaats opmerking dat het hier gaat om een toekomstig gebeuren. Het iemand van het leven gaan beroven betreft geen objectief verifieerbaar feit, zoals dat wel het geval is bij de bovenbesproken begeleidente omstandigheden. Daarnaast geldt dat essentiële delictsbestanddelen in de regel betrekking zullen hebben op een min of meer unieke gebeurtenis. De gemiddelde doodslager in het strafrecht laat zich wat dat betreft niet vergelijken met een professionele slager, wiens beroep het is dieren te doden. Het routinematige en doelgerichte karakter van de handelingen van een professionele slager maken de weg vrij voor handelen op basis van impliciete wetenschap. In dat opzicht verschilt dergelijk handelen van archetypische gevallen van opzet in strafrechtelijke zin. Het laat zich in de praktijk nauwelijks denken dat een actor alleen handelt op basis van impliciete wetenschap. Het is slecht voorstelbaar dat unieke en ingrijpende gevolgen als het veroorzaken van de dood van een ander mens niet tot het bewustzijn van de actor zouden doordringen.

De stelling dat ingrijpende gebeurtenissen tot het bewustzijn zullen doordringen, verdient nuancering in het geval van zogenaamde dissociatieve stoornissen. Knigge werpt de vraag op hoe dissociatieve stoornissen, waarbij een vergaande ontkoppeling plaatsvindt tussen gedrag en bewustzijn, zich verhouden tot het opzet.<sup>285</sup> Knigge stelt dat het in dit soort gevallen gaat om doelgerichte handelingen, zoals het door een vrouw met een mes insteken op de partner. Doelgericht handelen laat zich volgens Knigge echter moeilijk voorstellen

<sup>284</sup> Strijards 1983, 'Facetten van dwaling in het strafrecht', p. 131-132 bespreekt een mooi voorbeeld van een delictsoomschrijving met "een vrij zwaar belast cognitief moment" (art. 337 Sr oud). De wetenschap dient in het door hem aangehaalde artikel betrekking te hebben op tien verschillende punten. Dit lijkt me typisch een geval waarin sterk geleund kan worden op impliciete wetenschap.

<sup>285</sup> Knigge 2009, 'Opzet en bewustzijn', p. 194-197.

zonder kennis van doel en middelen. In zijn optiek moet het doelgericht steken welhaast betekenen dat de vrouw ‘ergens’ wist dat – en hoe – met een mes kwaad kon worden gedaan. De handelingen werden door haar kennis gedragen. Dat noopt hem tot de conclusie dat opzet zou moeten worden aangenomen. De dissociatieve stoornis zou mogelijk wel aan bod kunnen komen bij de vraag naar de toerekeningsvatbaarheid.

Het lastige aan dit soort zaken is dat het duiden van de feiten een hachelijke kwestie is. Als de aanwezigheid van deze moeilijk vast te stellen stoornis ernstig wordt betwijfeld, dan kan geoordeeld worden dat geen sprake was van ‘ergens weten’, maar van ‘echt weten’. Het aannemen van opzet is dan uiteraard niet problematisch. Als we echter vertrekken vanuit de veronderstelling dat de dissociatieve stoornis echt heeft plaatsgevonden, dan neig ik naar de opvatting dat opzet ontbreekt.<sup>286</sup> Als sprake is van een zodanig laag bewustzijnsniveau dat de actor niet in staat is een andere keuze te maken, dan zou dat de cognitieve component van opzet moeten aantasten.<sup>287</sup> Een belangrijk argument daarvoor is dat de er intentioneel uitziende handeling na afloop niet als zodanig wordt ervaren door de actor. De actor handelde zonder impliciete wetenschap. Als de dissociatieve toestand voorbij is, dan zal de actor zich immers verbaasd tonen over de door hem gepleegde handelingen.<sup>288</sup>

Vóór het bespreken van de uitzonderlijke dissociatieve stoornis stelde ik dat het zich in de strafrechtelijke praktijk nauwelijks laat denken dat een actor alleen handelt op basis van impliciete wetenschap. Het is slecht voorstelbaar dat unieke en ingrijpende gevolgen als het veroorzaken van de dood van een ander mens niet tot het bewustzijn van de actor zouden doordringen. De feitelijke constatering dat normaal gesproken sprake is van expliciete wetenschap noopt uiteraard nog niet tot de normatieve premisse dat de cognitieve com-

---

<sup>286</sup> Daarmee is overigens niet gezegd dat deze kwestie noodzakelijkerwijs bij het opzet aan bod moet komen. De volledige afwezigheid van bewustzijn zou ook aan bod kunnen komen bij de *actus reus*. De redenering is dan dat niet gesproken kan worden van een strafrechtelijk relevante gedraging. In dat geval moet tevens vaststaan dat geen sprake is geweest van *culpa in causa*.

<sup>287</sup> Dit kan in de sleutel worden geplaatst van het inzichtcriterium van de Hoge Raad. Het is vaste jurisprudentie dat een ernstige geestelijke stoornis aan de bewezenverklaring van het opzet in de weg kan staan indien bij de verdachte ten tijde van zijn handelen ieder inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen daarvan heeft ontbroken (zie bijv. HR 9 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2775).

<sup>288</sup> Knigge 2009, ‘Opzet en bewustzijn’, p. 196 baseert zijn conclusie dat toch opzet moet worden aangenomen op het doelgerichte karakter van de handeling, wat zich volgens hem niet goed laat voorstellen zonder kennis van doel en middelen. Als dat criterium tot uitgangspunt wordt genomen, dan is het echter lastig het opzettelijke karakter te ontkennen in gevallen waarin Knigge dat wél zou willen doen (zie daarover Knigge 2009, p. 198). De verstrooide professor die van zijn vrouw groenten op de markt moet gaan halen en op de automatische piloot de weg naar de universiteit inslaat, handelt toch met dezelfde kennelijke doelgerichtheid? Waarom moet in dat geval het opzettelijke karakter van de handeling worden ontkend? Het al dan niet toeschrijven van opzet lijkt primair verklaard te kunnen worden door het ‘kwade’ dan wel ‘onschuldige’ karakter van het kennelijk nagestreefde doel.

ponent ten aanzien van essentiële delictsbestanddelen beperkt zou moeten blijven tot expliciete wetenschap. Moeten we bij de interpretatie van het opzet geen rekening houden met de omstandigheid dat iemand onverhoopt wel misdaden pleegt op basis van impliciete wetenschap? Stel dat een beul in een concentratiekamp een zodanige routine heeft ontwikkeld ten aanzien van het doden van mensen dat de gedachte daaraan niet meer op de voorgrond van zijn geest aanwezig is. Zijn we nu genoodzaakt om het opzettelijke karakter aan de *n*-de levensberoving te ontzeggen? Berooft iemand die op dezelfde automatische piloot mensen doodt als autobestuurders die naar een hogere versnelling doorschakelen niet *opzettelijk* een ander van het leven?

Het voorbeeld smeekt erom opzet aan te nemen. Toch meen ik dat weerstand geboden moet worden aan die verleiding. Als het op de automatische piloot doden van mensen zich al ooit zou voordoen, dan is het voor aansprakelijkheid vermoedelijk niet nodig aan te sluiten bij de impliciete wetenschap bij de *n*-de levensberoving. Het is zeer waarschijnlijk dat de beul in het bovengenoemde voorbeeld op enig moment op de dag in kwestie wel heeft beschikt over expliciete wetenschap. Als de *actus reus* van de *n*-de levensberoving voldoende samenhangt met deze anterieure wetenschap, dan hoeft het gebrek aan co-existentie niet aan het aannemen van opzet in de weg te staan.<sup>289</sup>

Ik verwacht dat het (blijven) eisen van expliciete wetenschap ten aanzien van kernbestanddelen geen aansprakelijkheidslacune met zich meebrengt. Er is echter nog een andere reden om impliciete wetenschap niet voldoende te achten. Het is namelijk niet zonder gevaar het strafrecht in te richten op morele aberraties die zich in de praktijk waarschijnlijk niet zullen voordoen. Zodra impliciete wetenschap tot criterium voor de cognitieve component wordt verheven, doet zich namelijk de noodzaak voor impliciete wetenschap te onderscheiden van latente wetenschap. Latente wetenschap – de achtergrondkennis die mensen in staat stelt expliciete of impliciete bewustheid van bepaalde risico's te verkrijgen – lijkt me evident tot het domein van de schuld te behoren. Dat betekent dat onderscheid gemaakt moet worden tussen de twee vormen van onbewuste wetenschap. Het gevaar loert dat – nog meer dan nu al het geval is – objectiverende redeneringen al te gemakkelijk leiden tot de conclusie dat de actor klaarblijkelijk gestuurd werd door zijn impliciete wetenschap.<sup>290</sup> De attributie van expliciete wetenschap is in de kern gebaseerd op een analogische redenering van de beoordelaar.<sup>291</sup> 'Als ik handeling *x* had verricht, dan zou ik mij waarschijnlijk bewust geweest zijn van (de aanmerkelijke kans op) gevolg *y*; daarom heeft waarschijnlijk hetzelfde te gelden voor de verdachte.' Deze op introspectie gebaseerde redenering laat zich moeilijker toepassen op de beoordeling van impliciete wetenschap. Het feit dat de beoordelaar er niet van overtuigd is dat hij in de situatie in kwestie beschikt zou

<sup>289</sup> Zie paragraaf 6.6.2 over anterieur opzet en gebrek aan co-existentie. Bij het zo dadelijk te bespreken voorbeeld van de drugsdealer betoog ik dat de aanwezigheid van impliciete wetenschap tempore delicti wel een rol zou kunnen spelen bij het aannemen van correspondentie tussen de anterieure expliciete wetenschap en de *actus reus*.

<sup>290</sup> Vgl. Wasik & Thompson 1981, "Turning a blind eye" as constituting mens rea, p. 342.

<sup>291</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 280-285.

hebben over *expliciete* wetenschap, vormt immers geen argument voor het niet aannemen van *impliciete* wetenschap bij de verdachte. Het gevaar is dat impliciete wetenschap wordt toegeschreven in gevallen waarin slechts sprake is van latente wetenschap. Dat betekent dat hoogstens gesteld kan worden dat de actor zich expliciet of impliciet bewust had kunnen zijn van de aanmerkelijke kans als hij beter had opgelet.<sup>292</sup>

Ik kom aldus tot de conclusie dat de cognitieve component – in elk geval met betrekking tot kernbestanddelen – ingevuld moet worden aan de hand van expliciete wetenschap.<sup>293</sup> Dat laat de vraag nog open hoe deze benadering zich verhoudt tot de twee andere door Knigge gegeven voorbeelden. Leidt de fixatie op bewustzijn daar inderdaad tot ongewenste gevolgen?

Knigges eerste voorbeeld betreft de drugsdealer die tijdens het rijden zo opgaat in het radioverslag van een belangrijke interland dat hij in het geheel niet meer denkt aan de door hem vervoerde cocaïne. Hij suggereert dat het eisen van bewustzijn zou moeten leiden tot een – weinig bevredigende – vrijspraak. Knigges argumentatie laat zich gemakkelijk ontmaskeren als een stropopredenering, waarbij een onjuiste voorstelling van de cognitieve theorie als uitgangspunt van de weerlegging daarvan wordt genomen. De implicatie dat het stellen van hoge eisen aan de cognitieve component in dit soort gevallen zou nopen tot vrijspraak is evident onjuist. Knigge stelt dat de actor *niet meer* denkt aan de cocaïne, zodat de cocaïne *niet meer* in zijn bewustzijn zit. Dat betekent dus dat de actor zich op enig moment ( $t_1$ ) wél expliciet bewust is geweest van het feit dat hij cocaïne vervoerde. Vrijpraak op grond van het feit dat de actor op tijdstip  $t_2$  niet beschikte over expliciete wetenschap impliceert dat sprake zou moeten zijn van permanente co-existentie tussen opzet en actus reus.<sup>294</sup> Ik ken geen rechtspraak of wetenschappelijke literatuur die tot het stellen van een dergelijke eis noopt. Enerzijds kan gesteld worden dat de actor op  $t_2$  niet beschikte over opzet – zoals dat bijvoorbeeld ook het geval is bij de drugshandelaar die 's nachts van zijn nachtrust geniet. Anderzijds kan juridisch gezien gesproken worden van 'opzettelijk vervoeren van cocaïne', aangezien opzet en actus reus geen permanente co-existentie vereisen. De expliciete wetenschap op  $t_1$  kan (mede) gecombineerd worden met de actus reus op  $t_2$ .

Het voorgaande betekent natuurlijk niet dat geen enkele eis moet worden gesteld aan het verband tussen opzet (expliciete wetenschap) en actus reus. Ik kan mij voorstellen dat impliciete wetenschap daarbij een rol speelt. Betoogd zou kunnen worden dat de drugsdealers expliciete wetenschap op  $t_1$  overgaat in impliciete wetenschap op  $t_2$ . Ook als hij naar de radio luistert, wordt hij nog steeds gestuurd door zijn doelstelling de drugs van A naar B te

---

<sup>292</sup> Vgl. Knigge 2009, 'Opzet en bewustzijn', p. 199. Hij bepleit om vergelijkbare redenen dat onbewuste wetenschap geen rol heeft te vervullen bij voorwaardelijk opzet.

<sup>293</sup> Vgl. Wasik & Thompson 1981, "'Turning a blind eye" as constituting mens rea' en Sullivan 2002, 'Knowledge, belief, and culpability'.

<sup>294</sup> In paragraaf 6.6.2.5.b bespreek ik een aantal gevallen waarin een dergelijk gebrek aan co-existentie zich eveneens voordoet.

vervoeren. Dat is mogelijk anders als hij op plaats B vergeet een goed verstopt pakketje af te leveren. Stel dat hij vijf jaar later wordt gesnapt bij een politiecontrole en zich ogenblikkelijk weer realiseert dat hij de drugs daar had verstopt. In dat geval zou ik niet willen spreken van het 'opzettelijk vervoeren van cocaïne'. Of deze latente wetenschap in de benadering van Knigge wel volstaat, laat zich niet uit het voorbeeld opmaken.

Knigge laat de voorbeelden met betrekking tot de drugsdealer en de vernielzuchtige hooligan volgen door een voorbeeld over een getreiterde voetballer. Ik geef dat voorbeeld in zijn eigen woorden weer:

"De vraag is of anders moet worden geoordeeld als het gaat om de kennis van de dader met betrekking tot de gevolgen van zijn handelen. De getreiterde voetballer (...) bij wie de stoppen doorslaan, weet dat een harde klap in het gezicht pijn en zelfs letsel kan veroorzaken. Het is daarbij weinig waarschijnlijk dat hij zich vlak voordat hij uithaalde een concrete voorstelling heeft gemaakt van één of meer van de mogelijke gevolgen (zoals bloedneus, tand door de lip, blauw oog, ontwrichte kaak). Kan daarom, als hij zijn tegenstander een gescheurde wenkbrauw slaat, niet van opzet op dat gevolg worden gesproken? Van meer dan een rode waas voor zijn ogen was hij zich waarschijnlijk niet bewust. Kan daarom, als hij zijn tegenstander een gescheurde wenkbrauw slaat, niet van opzet op dat gevolg worden gesproken? Mij lijkt voor opzet voldoende dat de voetballer zijn tegenstander hard *wilde* slaan en dat hij *wist* dat een gescheurde wenkbrauw tot de mogelijke gevolgen behoort. Dat kan willens en wetens handelen genoemd worden.

Met het resultaat (strafbaar want opzet) zullen weinigen moeite hebben. In de praktijk pleegt de rechter in dit soort gevallen eveneens opzet aan te nemen. Het verschil is dat hij om tot dat resultaat te geraken bewustzijn moet 'construeren' door middel van een voorwaardelijk opzet-redenering. Uit de kennis die de voetballer had omtrent de gevolgen, leidt de rechter af dat de voetballer zich er daadwerkelijk van bewust was dat een gescheurde wenkbrauw het mogelijke gevolg van de klap was en dat hij dat gevolg bovendien bewust heeft aanvaard. In de hier verdedigde benadering hangt de aansprakelijkheid niet af van het bewustzijn van de dader zodat daarover ook geen weinig realistische oordelen behoeven te worden uitgesproken."<sup>295</sup>

Anders dan Knigge zou ik menen dat wel degelijk expliciete wetenschap aanwezig dient te zijn ten aanzien van het essentiële bestanddeel mishandeling. Het is de vraag of deze opvatting tot vrijspraak (of het bezigen van weinig realistische 'constructies') noopt. Ik waag dat te betwijfelen. Laat ik beginnen met het voorbeeld van de voetballer af te zetten tegen het voorbeeld van de drugsdealer die opgaat in het radioverslag. De drugsdealer wordt geheel in beslag genomen door andere zaken dan drugs. De voetballer is daarentegen volledig gericht op het geven van een klap. Hij is met niets anders bezig dan

<sup>295</sup> Knigge 2009, 'Opzet en bewustzijn', p. 192-193 (voetnoot verwijderd).

met het slaan van zijn tegenstander. Is het nu zo onwaarschijnlijk dat in de duizenden milliseconden die tussen het treiterincident en het slaan van de tegenstander in liggen een moment van expliciete wetenschap aanwezig is geweest? Laat ik mijn opvatting illustreren met een ander sportvoorbeeld. De toptennisser Rafael Nadal schrijft in zijn autobiografie het volgende over de tennisslag:

“No ball arrives the same as another; no shot is identical. So every time you line up to hit a shot, you have to make a split-second judgment as to the trajectory and speed of the ball and then make a split-second decision as to how, how hard, and where you must try and hit the shot back. And you have to do that over and over, often fifty times in a game, fifteen times in twenty seconds, in continual bursts more than two, three, four hours (...).”<sup>296</sup>

Het voorbeeld laat zien dat het mogelijk is om expliciete wetenschap in een fractie van een seconde te genereren. Een tennisser kan in een fractie van een seconde besluiten dat hij een dropshot of een harde topspinbal langs de lijn gaat spelen. Het is in elk geval niet nodig dat er een langere, naar voorbedachte raad neigende periode aan voorafgaat. Uiteraard kan een voor Nadal routinematige gedraging als het slaan van een tennisbal ook plaatsvinden zonder dat sprake is van expliciete wetenschap. Maar dat is nu juist weer minder waarschijnlijk in het geval van een hoogst unieke gebeurtenis, zoals het op het gezicht slaan van een tegenstander. Daar zou men tegenin kunnen brengen dat de voetballer geheel in beslag wordt genomen door zijn enorme woede. Het komt mij echter voor dat woede doorgaans niet in de weg staat aan expliciete wetenschap. Het is veeleer zo dat de woede aan de basis staat van het expliciet gevisualiseerde doel de tegenstander te slaan en dat de woede voorkomt dat verstandiger gedachten zich kunnen manifesteren.

Als het door Knigge gesuggereerde geval zich echter wél voordoet en de actor geheel zonder bewustzijn handelt, dan ben ik graag bereid door de zure appel heen te bijten. In dat geval noopt de afwezigheid van bewustzijn naar mijn mening tot de conclusie dat de actor onvoldoende controle had met betrekking tot het vermijden van het gevolg. Zoals gezegd, acht ik dat niet zo snel het geval bij het door Knigge gegeven voorbeeld. Als het bijvoorbeeld gaat om instinctmatige afweerhandelingen, dan kan ik mij echter voorstellen dat geen expliciete wetenschap aanwezig is. Dat zou in mijn optiek moeten leiden tot vrijspraak, ook al kan wel gezegd worden dat de actor impliciet of latent weet dat zijn handeling pijn kan veroorzaken.

Tot slot zal ik nog iets zeggen over de lastige vraag hoe de voor opzet vereiste expliciete wetenschap er ongeveer uit moet zien. Het is in dat verband inzichtelijk eerst uiteen te zetten wat *niet* vereist wordt. Knigge suggereert dat de cognitief georiënteerde rechter vast zou moeten stellen dat de actor zich er daadwerkelijk van bewust was dat een gescheurde wenkbrauw het mogelijke

---

<sup>296</sup> Nadal & Carlin 2011, ‘Rafa: my story’, p. 8.

gevolg van de klap zou zijn. Dat zou betekenen dat een geloofwaardig geacht verweer met als strekking dat de actor alleen uit was op (en gedacht heeft aan) het toebrengen van een bloedneus tot vrijspraak zou moeten leiden. Een onbevredigende uitkomst zou dan alleen voorkomen kunnen worden door opzet te 'construeren'. Nu is het zonder meer waar dat zulke onwaarachtige constructies zich in de rechtspraak hebben voorgedaan.<sup>297</sup> Daaruit volgt echter niet dat het noodzakelijk is van dergelijke constructies gebruik te maken. Het tegendeel is het geval. Het (psychische) opzet-object hoeft niet perfect te corresponderen met de (niet-psychische) actus reus. Er wordt slechts vereist dat voldoende correspondentie bestaat tussen het opzet-object en de actus reus.<sup>298</sup> Bewijsrechtelijk lijkt het mij voldoende als buiten redelijke twijfel staat dat de actor over een vorm van expliciete wetenschap heeft beschikt die voldoende correspondeert met het gevolg dat daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.<sup>299</sup> Opzet-objecten als 'het veroorzaken van pijn', 'het veroorzaken van een bloedneus' of ook het zwaardere 'het veroorzaken van de dood' vallen naar mijn mening alle binnen die bandbreedte.

Wellicht is in het voorgaande de indruk gewekt dat expliciete wetenschap zich alleen voordoet als de wetenschap door de actor is geverbaliseerd. Dat is naar mijn mening evenwel niet vereist. Expliciete wetenschap kan weliswaar geconstitueerd worden door een interne monoloog, maar dat hoeft niet. Het feit dat wetenschap zich niet in geverbaliseerde vorm hoeft voor te doen, maakt het lastig om in woorden uit te drukken wat dan wel benodigd is. Ik zal dat proberen te verduidelijken aan de hand van een voorbeeld. Tijdens de uitreiking van de Oscars doet het zich stevast voor dat de gezichten van vijf genomineerden in beeld worden gebracht op het moment dat de winnende naam bekend wordt gemaakt. Zodra de naam is uitgesproken, gaan vier genomineerden ogenblikkelijk met een grote glimlach klappen, terwijl één genomineerde ontsteekt in uitzinnige vreugde. Wat al deze mensen precies denken, onttrekt zich aan de waarneming, maar het is volstrekt evident dat zich bij alle genomineerden (en toeschouwers) op hetzelfde moment een vorm van wetenschap manifesteert. Het is voor iedereen ogenblikkelijk en intuïtief duidelijk hoe het zit. De winnaar weet dat hij gewonnen heeft en de verliezers weten dat ze verloren hebben (hoewel dat niet expliciet door de uitreiker gezegd is).<sup>300</sup> Dit is het type wetenschap waar het bij opzet om gaat. Het gaat

<sup>297</sup> Zie bijv. HR 29 april 1997, NJ 1997, 654 (Kleurloos kopieerapparaat).

<sup>298</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 374-381. In de Nederlandse doctrine wordt regelmatig gebruikgemaakt van de misleidende term 'globaal opzet'. In de regel zit de globaliteit echter niet in de psychische act die het opzet constitueert, maar in de correspondentie die wordt vereist tussen de specifieke opzet-act en de specifieke actus reus. Er hoeft slechts sprake te zijn van globale correspondentie.

<sup>299</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 288-290 en 377-380.

<sup>300</sup> Het expliciete besef dat men niet gewonnen heeft, is gebaseerd op de impliciete wetenschap dat het winnen door een ander betekent dat men niet zelf heeft gewonnen.



niet om geverbaliseerde wetenschap, maar om het feit dat de wetenschap op de voorgrond van de geest aanwezig is.

Ik vat de in deze paragraaf verdedigde benadering samen. Uitgangspunt is dat de psychische vereisten van opzet zo geïnterpreteerd moeten worden dat ze de actor – behoudens de door schulditsluitingsgronden afgekaarte factoren – veel controle bieden om strafrechtelijke aansprakelijkheid te voorkomen door een andere keuze te maken. Ik heb betoogd dat daarvoor in beginsel expliciete wetenschap vereist is. Het gaat daarbij om wetenschap die op de voorgrond van de geest aanwezig is, wat niet betekent dat de wetenschap geverbaliseerd dient te zijn. De expliciete wetenschap hoeft niet permanent aanwezig te zijn en hoeft slechts in voldoende mate te corresponderen met de verwezenlijkte *actus reus* (bij een voltooid delict). Het vereiste van expliciete wetenschap geldt niet voor bepaalde door interpretatie te bepalen bijkomende omstandigheden. Daarvoor volstaat impliciete wetenschap. Deze wetenschap is in beginsel aanwezig, tenzij de actor impliciet of expliciet geloofde in het tegendeel.

#### 5.2.4.4 *Onbewust 'weten' in de Porschezaak: de opvatting van Otte*

Na de lange uiteenzetting over de aard van de vereiste wetenschap, kan de aandacht weer gericht worden op het duiden van de Porschezaak. De in hoofdstuk 4 uitgevoerde cognitieve analyse van de Porschezaak berust op de veronderstelling dat voor opzet op de dood sprake dient te zijn van expliciete wetenschap. Ik ga er daarbij tevens van uit dat de door de Hoge Raad gebezigde zinsnede dat de inhaalmanoeuvre “in de voorstelling en naar de verwachting van de verdachte (...) niet tot een botsing zou leiden” betrekking heeft op expliciete wetenschap (dan wel de afwezigheid daarvan).<sup>301</sup> Bij deze interpretatie geldt derhalve dat de cognitieve component niet is vervuld.

Aanhangers van de volitieve theorie (en anderen) zouden de opvatting kunnen verdedigen dat de cognitieve component vervuld moet kunnen worden op basis van onbewuste wetenschap. Hieronder sta ik achtereenvolgens stil bij de vraag of impliciete wetenschap dan wel latente wetenschap gelokaliseerd zou kunnen worden in de Porschezaak.

In het geval van impliciete wetenschap geldt dat de bestuurder werd gestuurd door de onbewuste wetenschap van een ten minste aanmerkelijke kans op de dood van een ander. Deze redeneerlijn laat zich minder gemakkelijk toepassen op de Porschezaak, omdat dezelfde lastige vragen die zich op expliciet niveau voordeden zich dan voordoen op impliciet niveau. Ligt dan niet evenzeer voor de hand dat de bestuurder zich op onbewust niveau bewust was van een beduidende kans op zijn eigen dood? En als dat zo is, bete-

---

<sup>301</sup> Het is niet op voorhand duidelijk of de zinsnede verwijst naar ‘niet verwachten dat  $\Phi$ ’ (de afwezigheid van een cognitieve geestesgesteldheid) of naar ‘verwachten dat niet- $\Phi$ ’ (een hoge overtuigingsgraad ten aanzien van niet- $\Phi$ ).

kent dat dat hij gestuurd werd door de onbewuste wens zelf de dood te vinden dan wel dat hij nauwelijks gestuurd werd door de onbewuste wens zijn eigen dood te vermijden? Naast dit bezwaar kan opgemerkt worden dat impliciete wetenschap zich waarschijnlijk niet al te snel voor zal doen bij de unieke en ingrijpende gevolgen waar het in casu om gaat.

Het is nu de vraag of latente wetenschap aan de cognitieve component in de Porschezaak kan worden gerelateerd. Daarbij is van belang dat de Porschezaak door het Hof en de Hoge Raad in de sleutel van voorwaardelijk opzet is geplaatst. Knigge stelt dat het meetellen van latente kennis zich wellicht zou moeten beperken tot 'zeker weten', omdat onbewuste kennis van (aanmerkelijke) kansen zich niet goed laat onderscheiden van onbewuste kennis van feiten op grond waarvan beseft had moeten worden dat de kans er was.<sup>302</sup> Dat is op zichzelf beschouwd een valide punt. Anderzijds is niet gezegd dat de Porschezaak in de sleutel van voorwaardelijk opzet zou moeten worden gezet. Latente wetenschap heeft betrekking op de capaciteit om aspecten van de werkelijkheid te doorgronden die niet expliciet of impliciet door de actor doorgrond zijn. Een beschrijving van de werkelijkheid in de Porschezaak zou kunnen zijn: met hoge snelheid inhalen op het moment dat een tegenligger dicht is genaderd. Vervolgens kan geconcludeerd worden dat vrijwel iedereen – en dus de Porschebestuurder waarschijnlijk ook – over de latente kennis beschikt dat deze handelwijze waarschijnlijk tot de dood van een ander zou leiden. Dat roept dan weer de vraag op in hoeverre een doelgerichte inhaalmanoeuvre verschilt van het doelgericht geven van een klap uit het in de vorige paragraaf besproken voorbeeld van Knigge. We kunnen de zaken eigenlijk alleen met goed fatsoen van elkaar onderscheiden door in het voetbalvoorbeeld een vorm van expliciete wetenschap te poneren. Maar dan wordt verondersteld wat door Knigge juist geacht werd afwezig te zijn.<sup>303</sup> Als we de Porschezaak duiden zoals Knigge het voetbalvoorbeeld duidt, dan 'weet' de Porschebestuurder in dezelfde zin dat dit type inhaalmanoeuvre tot de dood kan leiden als de voetballer 'weet' dat dit type klap tot een gescheurde wenkbrauw kan leiden.

Het bovenstaande maakt duidelijk dat de cognitieve component in de Porschezaak ingevuld zou kunnen worden op basis van latente wetenschap. Dat zou plaats kunnen vinden op basis van een hoge mate van zekerheid, zoals zojuist is uiteengezet. Deze redenering zou echter ook op het niveau van voorwaardelijk opzet kunnen worden gepositioneerd. De redenering is dan dat de actor over de latente wetenschap heeft beschikt dat de laatste inhaalmanoeuvre dan wel de rit als zodanig gepaard ging met de aanmerkelijke kans op de dood van een ander.

<sup>302</sup> Knigge 2009, 'Opzet en bewustzijn', p. 198-199.

<sup>303</sup> Zoals ik eerder heb betoogd, valt goed te verdedigen expliciete wetenschap aan te nemen. De overtuigende kracht van het voorbeeld zit voornamelijk in het feit dat denkelijk wel expliciete wetenschap aanwezig zal zijn, zodat het aannemen van opzet om die reden redelijk is.

De visie van Otte past wellicht het best in deze sleutel. In zijn analyse van de Porschezaak komt Otte via een aantal stappen tot de conclusie dat opzet op de dood moet worden aangenomen.<sup>304</sup> Daarbij slaat hij acht op het feit dat bij eenieder bekend is dat ongevallen kunnen leiden tot ernstige kwetsuren of de dood. Daarnaast wijst hij op het feit dat algemeen bekend is dat de honderden verkeersregels vooral zijn geschreven ten behoeve van de veiligheid en dat overtreding van deze regels jaarlijks veel doden tot gevolg heeft. Iedereen is zich volgens Otte bewust van de plicht deze veiligheidsregels na te leven om aanrijdingen en de bijbehorende ernstige gevolgen te vermijden. Alle hier genoemde constateringën lijken betrekking te hebben op latente wetenschap.

Vervolgens komen een aantal normatieve stappen aan bod. In de eerste plaats hebben weggebruikers in hun hoedanigheid van functionaris volgens Otte de plicht de naleving van de wet te garanderen. Daarnaast acht hij het in navolging van Peters minder gewenst de psyche van de actor te ontleden. Otte komt uiteindelijk tot de conclusie dat verkeersgedrag “intrinsieke gerichtheid op een gevolg kent”.<sup>305</sup> Daarnaast spreekt hij van “(stilzwijgend) opzet”.<sup>306</sup>

Ten slotte zoekt Otte aansluiting bij de cognitieve opvatting van Nieboer: in het grensgebied tussen opzet en schuld verschuift de wil naar de achtergrond en domineert het ‘weten’. Otte spreekt in dat verband over “bewust gepleegde verkeershandelingen”.<sup>307</sup> Deze bewustheid van de overtreding wordt vervolgens gelijkgesteld aan de voor opzet vereiste bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans op het gevolg, aangezien de aanmerkelijke kans besloten ligt in de regelovertreding.<sup>308</sup> Otte spreekt in dat verband van

<sup>304</sup> Otte 2001, ‘Opzet en schuld in het verkeer’, p. 5-8.

<sup>305</sup> Otte 2001, ‘Opzet en schuld in het verkeer’, p. 7 stelt het volgende: “Het combineren van voornoemde normaliteitssyllogismen en de bewustheid van de overtreding impliceert dat verkeersgedrag intrinsieke gerichtheid op een gevolg kent.” Voetnoot verwijderd. Deze redenering is niet eenvoudig te doorgronden. In de gebruikelijke benadering verwijst de term ‘normaliteitssyllogisme’ naar een syllogisme waarmee de feitelijke vraag wordt beantwoord of een geestesgesteldheid die bij normale mensen aanwezig pleegt te zijn bij een bepaalde handeling zich ook heeft voorgedaan bij de verdachte. Het syllogisme kan dan alleen worden toegepast als de verdachte in bepaalde opzichten (het kunnen overzien van de gevolgen van handelingen) als een normaal persoon kan worden beschouwd. Blijkens de niet in het citaat overgenomen voetnoot gaat het Otte bij het criteriumfiguur echter om een normale burger die zijn gedrag inricht overeenkomstig de bedoelingen van de wetgever. Het normaliteitssyllogisme wordt dus gebruikt om vast te stellen dat de verdachte zich anders heeft gedragen dan de als normaal bestempelde criteriumfiguur. Het citaat laat zich dan als volgt duiden: ‘anders gedragen dan hoort’ plus ‘bewustheid van de overtreding’ impliceert ‘intrinsieke gerichtheid op een gevolg’. Gezien de op het citaat volgende passage moet ‘intrinsiek’ waarschijnlijk worden opgevat als ‘niet-psychisch’.

<sup>306</sup> Otte 2001, ‘Opzet en schuld in het verkeer’, p. 7.

<sup>307</sup> Otte 2001, ‘Opzet en schuld in het verkeer’, p. 8.

<sup>308</sup> Het verdient opmerking dat het toepassingsbereik van deze redenering is ingeperkt sinds de na Ottes oratie gewezen hiv-arresten. Otte interpreteert ‘aanmerkelijke kans’ als ‘onaanvaardbare kans’, wat meebrengt dat overtredingen van een regel gemakkelijker als het nemen van een ‘aanmerkelijke kans’ kunnen worden bestempeld. Onder invloed van de huidige jurisprudentie kan de redenering alleen toegepast worden op

het indirect van toepassing zijn van voorwaardelijk opzet. 'Indirect opzet' betekent als ik het goed zie in wezen dat de objectieve betekenis van datgene waarop de actors opzet in psychische zin gericht is, maatgevend is voor opzet in juridische zin.<sup>309</sup>

Het valt op dat Otte zowel aansluiting zoekt bij de normatieve theorie van Peters als bij de psychisch georiënteerde cognitieve theorie van Nieboer. Het in twee verschillende vijvers vissen, kan wellicht verklaard worden door de aandacht te richten op de aard van de vereiste wetenschap. Dat leidt tot de volgende tentatieve verklaring. Otte zoekt aansluiting bij Nieboer in die zin dat expliciete wetenschap wordt vereist ten aanzien van het begaan van de overtreding. Otte zoekt evenwel aansluiting bij Peters in die zin dat geen expliciete wetenschap wordt vereist ten aanzien van de aanmerkelijke kans op het gevolg. Dat betekent dat de rechter zich dus niet hoeft af te vragen of de bestuurder zich wel een voorstelling heeft gemaakt van het gevolg. De rechtvaardiging voor het loslaten van de eis van expliciete wetenschap zou vervolgens gevonden kunnen worden in de aanwezig geachte latente wetenschap ten aanzien van het verband tussen het overtreden van verkeersregels en onveiligheid. Het is bij eenieder bekend dat regelovertreden tot ernstige gevolgen kunnen leiden.

Het toepassen van deze redenering op de Porschezaak stuit op de lastige vraag wat in deze zaak gezien moet worden als de 'bewuste overtreding'. Otte illustreert zijn benadering aan de hand van het door rood licht rijden. In dat geval is het inderdaad goed voorstelbaar dat het een bewuste overtreding betreft. Dat is echter niet zonder meer het geval bij een inhaalmanoeuvre op een weg waar ingehaald mag worden. Op zichzelf beschouwd is het mogelijk de inhaalmanoeuvre te construeren als een bewuste overtreding van art. 5 WVV (het veroorzaken van gevaar op de weg). Het gevaar van die redenering is echter dat de deur wordt geopend voor tegenwerpingen die acht slaan op het gevaar voor de bestuurder zelf. De meest voor de hand liggende mogelijkheid is om het tijdsperspectief te verbreden door acht te slaan op de snelheidsovertredingen, het door rood licht rijden en het inhalen via voorsorteervakken. In die gevallen gaat het waarschijnlijk om bewuste overtredingen. Door de expliciete wetenschap ten aanzien van deze overtredingen te combineren met de latente wetenschap dat het rijgedrag gepaard ging met de aanmerkelijke kans op de dood van een ander zou dan tot voorwaardelijk opzet kunnen worden besloten.

Het doel van dit hoofdstuk is om te bezien of de uitkomst in de Porschezaak van een volitieve interpretatie kan worden voorzien. Dat betekent dat beargumenteerd moet worden dat sprake is van 'weten' en 'niet willen'. De

---

overtredingen waarbij de kans op de dood naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk is te achten. Zie paragraaf 3.5.

<sup>309</sup> Dit type redenering kan als volgt met een syllogisme worden weergegeven: (1) De actor heeft opzet op X. (2) X = Y. (3) Ergo, de actor heeft ook opzet op Y. Dit type redenering kan ook tot de slotsom leiden dat Oedipus opzettelijk zijn vader heeft vermoord en opzettelijk getrouwd is met zijn moeder. Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 375-377.

ruime interpretatie van de cognitieve component vormt daarvoor een eerste stap. In de hieronder opgenomen paragraaf 5.3 komt vervolgens aan bod hoe sprake kan zijn van 'niet willen'. Otte combineert de ruime interpretatie van 'weten' echter met een op de cognitieve theorie gebaseerde ruime interpretatie van 'willen', waarbij de volitieve component automatisch volgt uit de cognitieve component.<sup>310</sup> Dat betekent dat de Porschezaak in zijn benadering geen manifestatie vormt van bewuste schuld, maar van voorwaardelijk opzet. Er is niet alleen sprake van 'weten', maar ook van 'willen'.

### **5.3 De volitieve component: voorgestelde voorwaardelijke wenselijkheid, voorspelde voorwaardelijke wenselijkheid of cryptocognitivisme?**

#### **5.3.1 Inleiding**

Wil de Porschezaak verklaard kunnen worden aan de hand van de volitieve theorie, dan moet beargumenteerd worden dat in deze zaak sprake is van 'weten' en 'niet willen'. In paragraaf 5.2 is de eerste stap gezet door drie alternatieve interpretaties van de cognitieve component voor het voetlicht te brengen: anterieure wetenschap, minimale wetenschap en onbewuste wetenschap. In de onderhavige paragraaf bespreek ik drie benaderingen waarmee de volitieve component aangetast zou kunnen worden: voorgestelde voorwaardelijke wenselijkheid, voorspelde voorwaardelijke wenselijkheid en cryptocognitivisme. In paragraaf 4.7 is uiteengezet dat in de ogen van de cognitieve theorie een analytisch verband bestaat tussen de cognitieve en de volitieve component. De zo dadelijk te bespreken volitieve criteria moeten echter onafhankelijk van de cognitieve component kunnen functioneren. Op die wijze kan een exclusief volitief onderscheid tussen opzet en schuld worden verwezenlijkt.

#### **5.3.2 Voorgestelde voorwaardelijke wenselijkheid**

De in deze paragraaf te bespreken benadering behelst dat de volitieve component afhangt van het antwoord op een door de actor aan zichzelf gestelde hypothetische vraag: zou ik ook handelen als ik het intreden van het gevolg met zekerheid voorzag? Dit criterium is ontwikkeld door de Duitse rechtsgeleerde Frank.<sup>311</sup> Het criterium beoogt vast te stellen dat het feit dat het gevolg

---

<sup>310</sup> Otte 2001, 'Opzet en schuld in het verkeer', p. 11.

<sup>311</sup> Frank 1931, 'Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz', p. 190 stelt: "sagt sich der Täter: mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jeden Fall handle ich, so ist sein Verschulden ein vorsätzliches." Zie ook Michaels 1998, 'Acceptance: the missing mental state'. Hij stelt een vergelijkbaar criterium voor om 'acceptance' (aanvaarding) te bepalen. Michaels 1998, p. 961 geeft de

slechts als mogelijk is voorgesteld geen invloed heeft gehad op de wilsvorming. Als dat het geval is, dan kan de actor hetzelfde verwijt gemaakt worden als iemand die met zekerheidsopzet heeft gehandeld: het met zekerheid voorziene gevolg levert geen reden op af te zien van de handeling.

De uit drie begrippen opgebouwde term 'voorgestelde voorwaardelijke wenselijkheid' laat zich als volgt uitleggen. Het eindproduct betreft de *wenselijkheid* van een bepaalde handeling. Deze wenselijkheid heeft betrekking op de bereidheid om te handelen. De wenselijkheid wordt bepaald onder de (contrafactische) *voorwaarde* van zekerheid. Het is deze voorwaarde die nauw verbonden is met de historische ontwikkeling van het begrip 'voorwaardelijk opzet'.<sup>312</sup> Ten slotte geldt dat de wenselijkheid gegeven de voorwaarde daadwerkelijk door de actor moet zijn *voorgesteld*. In de volgende paragraaf wordt een variant van dit criterium besproken waarbij geen sprake hoeft te zijn van een daadwerkelijke voorstelling door de actor.

De in paragraaf 3.4.3 besproken volitieve theorie van Rummelink is in lijn met dit criterium.<sup>313</sup> Rummelink stelt dat de van voorwaardelijk opzet te onderscheiden bewuste schuld zich voordoet als de actor zijn daad "zou nalaten, als hij het intreden wél verwachtte."<sup>314</sup> Daaruit volgt dat voorwaardelijk opzet gekenmerkt wordt door het feit dat de actor wél zou handelen als hij het gevolg had verwacht. De volgens Rummelink vereiste positief op het gevolg gerichte wilsrichting wordt opgehangen aan de handelingsbereidheid bij zekerheid. Bij voorwaardelijk opzet wordt de handeling gedaan "met aanvaarding van 100% verwerkelijking van de kans."<sup>315</sup> Ten slotte lijkt Rummelink van mening te zijn dat de bereidheid tot handelen onder de voorwaarde van zekerheid daadwerkelijk door de actor moet zijn voorgesteld: "Naar onze mening is van opzet sprake, als de dader voor zichzelf heeft uitgemaakt, dat hij zijn handeling wil, ook indien daaraan dat overigens niet begeerde gevolg mocht blijken vast te zitten (...)." <sup>316</sup>

---

volgende definitie: "A person acts acceptingly with respect to a material element of an offense when the person acts recklessly with respect to that element and (...) if the element involves the result of the person's conduct, the person would have so acted had he been practically certain that the conduct would cause such a result."

<sup>312</sup> Vgl. Frenkel 1917, 'Bijdrage tot de leer van het voorwaardelijk opzet', p. 35. Als het vaststellen van opzet bij het slechts voorzien van een kans niet wordt opgehangen aan deze voorwaarde, dan ontvalt het voorwaardelijke karakter aan opzet bij mogelijkheidsbewustzijn. Nieboer, die de volitieve component direct betreft op de daadwerkelijk voorgestelde kans, heeft voorgesteld gebruik te maken van de term 'kansopzet'. Zie Nieboer 1978, 'Wetens en willens', p. 5-6.

<sup>313</sup> Het verdient opmerking dat Rummelink zelf zegt deze visie niet te verdedigen. Zie Rummelink 1996, 'Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht', p. 205 (noot 2).

<sup>314</sup> Rummelink 1996, 'Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht', p. 205.

<sup>315</sup> Dit citaat is afkomstig uit een eerdere druk. Zie Rummelink 1975, 'Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht', p. 152.

<sup>316</sup> Rummelink 1996, 'Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht', p. 205.

Het in deze paragraaf besproken criterium van Frank wordt ook voor het voetlicht gebracht door Kelk.<sup>317</sup> Hij bespreekt een voorbeeld waarbij een arbeider een zware balk van een bouwstelling naar beneden gooit, terwijl hij een voetganger ziet aankomen. Volgens Kelk is de voorwaardelijk opzet vereiste onverschilligheid in het volgende geval aanwezig:

“Hij denkt: ‘Of de balk iemand raakt of niet, dat laat me koud; ik gooi hem nu naar beneden’. Met andere woorden, hij zou ook bij bewustzijn van de zekerheid van het gevolg gehandeld hebben (dit is wat past in de voorstellingstheorie van Frank). Deze geesteshouding wordt onder de naam: *voorwaardelijk opzet* tot de sfeer van opzet gerekend en met het opzet gelijkgesteld.”<sup>318</sup>

Het criterium van de voorgestelde voorwaardelijke wenselijkheid kan gemakkelijk worden toegepast op de Porschezaak. De volitieve component is in elk geval aangetast als de bestuurder daadwerkelijk voor zichzelf heeft uitgemaakt dat hij niet zou handelen als hij de dood van een ander met zekerheid voorzag. Zoals reeds uiteengezet is in paragraaf 4.8, ligt het niet direct voor de hand dat een dergelijk gedachte-experiment heeft plaatsgevonden. Mensen hebben over het algemeen geen reden te speculeren over de vraag hoe ze de dood van een ander waarderen. Het is doorgaans pas noodzakelijk de vraag of men de dood van een ander aanvaardt onder ogen te zien als men daadwerkelijk voorziet dat het veroorzaken van de dood een mogelijkheid is. Als het inderdaad zo is dat in de voorstelling en naar de verwachting van de bestuurder geen botsing zou plaatsvinden, dan is het niet waarschijnlijk dat de bestuurder het in het criterium bedoelde gedachte-experiment heeft uitgevoerd. Daaruit volgt dat geen sprake is van voorwaardelijk opzet. Het criterium van de voorgestelde voorwaardelijke wenselijkheid noopt niet alleen tot aantasting van de volitieve component als de actor voor zichzelf heeft uitgemaakt dat hij niet zou handelen bij zekerheid. De volitieve component is evenmin vervuld als in het geheel geen gedachte-experiment heeft plaatsgevonden. In dat geval is geen sprake van de voor de volitieve component vereiste onverschilligheid.

### 5.3.3 Voorspelde voorwaardelijke wenselijkheid

In de tweede benadering hangt de volitieve component af van het antwoord op de – door anderen dan de actor te beantwoorden – vraag of de actor gehandeld zou hebben als hij het intreden van het gevolg met zekerheid had voorzien. Ook dit criterium kan herleid worden tot de opvatting van Frank:

---

<sup>317</sup> Kelk 1998, ‘Studieboek materieel strafrecht’, p. 179. Zie ook Kelk & De Jong 2016, ‘Studieboek materieel strafrecht’, p. 261.

<sup>318</sup> Kelk 1998, ‘Studieboek materieel strafrecht’, p. 179.

“Kommt man zu dem Ergebnis, daß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, so ist die ob. I 2 charakterisierte Situation gegeben, der Vorsatz also zu bejahen; kommt man zu dem Ergebnis, daß er bei bestimmter Kenntnis die Handlung unterlassen hätte, so ist der Vorsatz zu verneinen.”<sup>319</sup>

Als de vraag of de actor ook bij zekerheid gehandeld zou hebben bevestigend beantwoord wordt, dan laat het geval zich volgens Frank vergelijken met het geval dat sprake is van zekerheidsopzet.<sup>320</sup> Bij zekerheidsopzet wordt de actor weliswaar niet gestuurd door het gevolg (zoals het geval is bij doelopzet), maar het gevolg levert geen reden op af te zien van de handeling.

Het criterium van de voorspelde voorwaardelijke wenselijkheid verschilt in één opzicht van het in de voorgaande paragraaf besproken criterium. Ging het daar om een *voorstelling* van de actor, hier gaat het om een *voorspelling* door een buitenstaander (de rechter). Dat betekent dat niet als eis wordt gesteld dat de actor voor zichzelf uitgemaakt moet hebben dat hij ook bij zekerheid zou handelen.<sup>321</sup> Het is vervolgens de vraag op welke wijze deze voorspelling dient plaats te vinden. Frank benadrukt dat het antwoord niet enkel gebaseerd dient te worden op het karakter van de actor. Het komt er primair op aan hoe de actor zich verhoudt ten opzichte van zijn specifieke doel.<sup>322</sup>

Het criterium laat zich goed analyseren tegen de achtergrond van de kansintegratietheorie. Uit de theorie volgt dat de wenselijkheid van een mogelijkheid bepaald wordt door de waarderingsgraad te vermenigvuldigen met de overtuigingsgraad. Des te lager de overtuigingsgraad is, des te minder invloed gaat er zodoende uit van de waarderingsgraad. Het door Frank opgestelde criterium komt er op de keper beschouwd op neer dat de overtuigingsgraad op 1 (100 procent) gesteld dient te worden. Dat brengt mee dat de waarderingsgraad met betrekking tot het gevolg maximale invloed op de keuze uitoefent.

Ik grijp terug op een eerder besproken voorbeeld waarbij een gezochte crimineel die een stopteken krijgt voor de keus staat te ontsnappen door in te rijden op de agent of zich te laten arresteren.<sup>323</sup> Stel dat de actor een over-

<sup>319</sup> Frank 1931, ‘Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungs-gesetz’, p. 190.

<sup>320</sup> Zie Frank 1931, ‘Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungs-gesetz’, p. 190 jo. 180.

<sup>321</sup> Als de beoordelaar tot de conclusie komt dat de actor wél voor zichzelf heeft uitgemaakt dat hij ook zou handelen bij zekerheid, dan zal zeer waarschijnlijk ook aan het onderhavige criterium zijn voldaan. Dat is alleen anders als men zou menen dat de actor een onjuiste voorspelling van zijn handelingsbereidheid bij zekerheid heeft gedaan.

<sup>322</sup> Frank 1931, ‘Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungs-gesetz’, p. 190 stelt in dat verband het volgende: “Die Antwort darf nicht schlechthin von dem Charakter des Täters abhängig gemacht werden, sondern in erster Linie davon, wie er sich zu seinem konkreten Zweck stellt.”

<sup>323</sup> Zie paragraaf 4.7. Advocaat-Generaal Langemeijer brengt in zijn conclusie bij HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475 (Inrijden op agent) het begrip voorwaardelijk opzet ook in verband met het aan Frank ontleende criterium. In zijn noot onder het arrest merkt



tuigingsgraad van 0,01 heeft met betrekking tot het doden van de agent als ze door blijft rijden. Dat betekent dat de wenselijkheid van deze mogelijkheid 100 keer lager is dan de waarderingsgraad, zodat het gevolg relatief weinig invloed uitoefent op het keuzeproces. Tabel 5.4 bevat de wenselijkheden met betrekking tot het doden van de agent bij een overtuigingsgraad van 0,01 (daadwerkelijke overtuigingsgraad) en bij een overtuigingsgraad van 1 (ver-eiste overtuigingsgraad voor het criterium) voor wat betreft drie zeer uiteen-lopende waarderingsgraden (-50, 0 en 50).

**Tabel 5.4** Invloed van overtuigingsgraad op wenselijkheidsgraad

	Wenselijkheidsgraad bij overtuigingsgraad 0,01	Wenselijkheidsgraad bij overtuigingsgraad 1	Verandering in wenselijkheidsgraad
Waarderingsgraad -50	$0,01 \times -50 = -0,5$	$1 \times -50 = -50$	-49,5
Waarderingsgraad 0	$0,01 \times 0 = 0$	$1 \times 0 = 0$	0
Waarderingsgraad 50	$0,01 \times 50 = 0,5$	$1 \times 50 = 50$	+49,5

Het aangrijpingspunt van het criterium van de voorspelde voorwaardelijke wenselijkheid is het feit dat de actor daadwerkelijk heeft gehandeld ondanks de overtuigingsgraad van 0,01 met betrekking tot het veroorzaken van de dood van de agent. De vraag die beantwoord moet worden is of dat anders geweest zou zijn als ze het gevolg met zekerheid had voorzien (een over-tuigingsgraad van 1). In dit voorbeeld blijven dan slechts twee simpele opties over: ontsnappen waarbij de agent komt te overlijden en niet ontsnappen door de auto tot stilstand te brengen.<sup>324</sup> Dat brengt mee dat de actor zou han-delen bij zekerheid als de wenselijkheid van ontsnappen waarbij de agent komt te overlijden hoger is dan de (hier niet geëxpliciteerde) wenselijkheid van niet ontsnappen.

In het eerste voorbeeld (een waarderingsgraad van -50) zal dat in de regel niet het geval zijn, zodat de actor in dat geval zou afzien van handelen. Zekerheid met betrekking tot het veroorzaken van de dood vermindert de wenselijkheid van de optie om te ontsnappen substantieel (de wenselijkheid wordt 49,5 lager).<sup>325</sup> De actor zou alleen handelen als de optie om niet te ont-snappen extreem negatief gewaardeerd wordt ('liever iemand doden dan gearresteerd worden'). In het tweede voorbeeld (een waarderingsgraad van

---

Röling op dat de Hoge Raad in dit arrest niet het voorwaardelijk opzet in die zin heeft aanvaard. Vgl. noot Pompe onder HR 9 november 1954, NJ 1955, 55 (Cicero).

<sup>324</sup> De mogelijkheid dat ontsnapt wordt zonder de agent te doden, maakt geen deel meer uit van de optie om te ontsnappen. Er wordt hier van uitgegaan dat de overtuigings-graden van deze elkaar uitsluitende (en door de actor uitputtend geachte) mogelijk-heden sommeren tot 1 (additiviteit). Als de subjectieve kans op de ene mogelijkheid  $x$  is (in casu 1), dan zal de subjectieve kans op de andere mogelijkheid dus  $1 - x$  zijn (in casu 0).

<sup>325</sup> De wenselijkheid van de gecombineerde mogelijkheid van ontsnapping én het doden van de agent is minder negatief dan -50, omdat de geïsoleerd beschouwde mogelijk-heid om te ontsnappen positief gewaardeerd wordt.

0) zou de actor ook handelen bij zekerheid, aangezien de mogelijkheid de dood van de agent te veroorzaken geen invloed heeft op de wenselijkheid van de optie om te ontsnappen. In het derde voorbeeld (een waarderingsgraad van 50) zou de actor eveneens handelen bij zekerheid. De wenselijkheid van de optie om te ontsnappen wordt namelijk substantieel verhoogd in vergelijking met de oorspronkelijke situatie (de wenselijkheid wordt 49,5 hoger).

De kansintegratietheorie laat zien dat cognitie een enorme invloed kan hebben op het keuzeproces. In de bovenstaande uitgangssituatie (een overtuigingsgraad van 0,01) verandert de wenselijkheid met een factor 100 bij waarderingsgraden die niet gelijk zijn aan 0 (voorbeeld 1 en 3). Het criterium van de voorspelde voorwaardelijke wenselijkheid elimineert deze cognitieve factor uit de morele beoordeling van de actor. Strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt voor een belangrijk deel afhankelijk gesteld van de waarderingsgraad met betrekking tot het gevolg in kwestie. In de praktijk zal het criterium ertoe leiden dat opzet bijna uitsluitend zal worden aangenomen als de actor het gevolg positief waardeert ( $W > 0$ ) dan wel indifferent tegenover het gevolg staat ( $W = 0$ ).

Het is de vraag tot welke uitkomst het criterium zal leiden als het wordt toegepast op de Porschezaak. Als de door de Hoge Raad gebruikte zinsnede dat in de voorstelling en naar de verwachting van de bestuurder geen botsing zou plaatsvinden zo wordt geïnterpreteerd dat de actor zich zelfs niet bewust is geweest van een kleine kans op de dood van een ander, dan is niet voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van het criterium. Als we de soep echter niet zo heet eten en ervan uitgaan dat sprake kan zijn geweest van bewustheid van een kleine, niet-aanmerkelijke kans, dan kan het criterium gewoon toegepast worden.<sup>326</sup> Als de actor zekerheid had gehad over het veroorzaken van de dood van een ander, dan noopt dat in deze zaak tot de conclusie dat de bestuurder zijn eigen dood ook met een hoge mate van zekerheid zou hebben voorzien. Tegen die achtergrond kan er gevoeglijk van worden uitgegaan dat de actor niet gehandeld zou hebben bij zekerheid. Een hoge overtuigingsgraad leidt immers tot een extreem negatieve wenselijkheid voor de optie om in te halen.

Men zou tegen het op deze wijze gebruiken van het criterium in kunnen brengen dat de bestuurder vanwege de verkeerde redenen zou afzien van de inhaalmanoeuvre. Het is puur eigenbelang dat hem in deze situatie zou nopen tot het niet inhalen. Een genuanceerdere variant van het criterium zou de vraag kunnen stellen of de actor gehandeld zou hebben als het enige belangrijke nevengevolg de dood van een ander betreft. De vraag zou dan bijvoorbeeld kunnen zijn of de actor een voor hem succesvolle inhaalmanoeuvre waarbij een ander met zekerheid de dood vindt, zou prefereren boven het niet inhalen in die situatie. Bij een bevestigend antwoord kan dan opzet worden

---

<sup>326</sup> In het spraakgebruik is het niet ongebruikelijk dat absoluut getoonzette cognitieve zinsneden als 'verwachten dat niet- $\Phi$ ' of 'niet verwachten dat  $\Phi$ ' ook verwijzen naar overtuigingsgraden die een fractie hoger dan 0 zijn. Zie ook paragraaf 5.2.3.

aangenomen. Dit criterium staat in een directer verband tot datgene wat men beoogt vast te stellen: indifferentie met betrekking tot de dood van een ander.

Voorgestelde voorwaardelijke wenselijkheid (voorgaande paragraaf) en voorspelde voorwaardelijke wenselijkheid (deze paragraaf) zijn beide methodes om indifferentie vast te stellen. In het eerste criterium hangt indifferentie af van een voorspelling van de actor zelf. In het tweede criterium hangt indifferentie af van een voorspelling van een externe beoordelaar. Aangezien het niet zo voor de hand ligt dat mensen hypothetische vragen aan zichzelf stellen, lijkt het erop dat het tweede criterium zich in de praktijk het best laat toepassen.

### 5.3.4 Cryptocognitivisme

#### 5.3.4.1 Inleiding

De derde benadering waarmee de Porschezaak als een geval van bewuste schuld kan worden getypeerd, is cryptocognitivisme. Deze benadering houdt in dat cognitieve termen gebruikt worden om de volitieve component te beoordelen. De opbouw van deze paragraaf is als volgt. In paragraaf 5.3.4.2 wordt een nadere omschrijving van cryptocognitivisme gegeven. In paragraaf 5.3.4.3 sta ik stil bij de vraag hoe cognitieve en volitieve geestesgesteldheden van elkaar onderscheiden kunnen worden. In paragraaf 5.3.4.4 bespreek ik een aantal opvattingen uit de Nederlandse doctrine waarin cryptocognitieve tendensen zijn te herkennen. Ten slotte wordt in paragraaf 5.3.4.5 uiteengezet hoe de cryptocognitieve benadering kan worden toegepast op de Porschezaak.

#### 5.3.4.2 Wat is cryptocognitivisme?

De term ‘cryptocognitivisme’ verwijst naar versluierde manifestaties van de cognitieve opzettheorie. Deze benadering houdt in dat de *volitieve* component van opzet beoordeeld wordt aan de hand van *cognitieve* geestesgesteldheden. In de cryptocognitieve benadering wordt de suggestie gewekt dat iets gezegd wordt over volities dan wel de afwezigheid daarvan, terwijl in feite iets wordt gezegd over cognities dan wel de afwezigheid daarvan. Om de Porschezaak te kunnen typeren als een geval van bewuste schuld moet betoogd worden dat niet voldaan is aan de volitieve component. Er zijn drie (cognitieve) manieren waarop betoogd zou kunnen worden dat de volitieve component niet vervuld is:

1. De actor was er (bijna) volledig van *overtuigd* (een hoge overtuigingsgraad) dat een ander *niet* door hem van het leven beroofd zou worden.
2. De actor was er (bijna) volledig *niet van overtuigd* (een lage overtuigingsgraad) dat een ander door hem van het leven beroofd zou worden.

3. De actor heeft er in het geheel niet aan gedacht dat een ander door hem van het leven beroofd zou kunnen worden.

De eerste twee opties verwijzen naar een vorm van expliciete wetenschap.<sup>327</sup> De eerste optie komt overeen met de door de Hoge Raad in het Porsche-arrest gebruikte zinsnede dat de inhaalmanoeuvre “in de voorstelling en naar de verwachting van de verdachte (...) niet tot een botsing zou leiden”. Er zit een negatie in het object van de psychische act: de wetenschap heeft betrekking op ‘niet doden’. De actor heeft een zeer hoge overtuigingsgraad met betrekking tot de mogelijkheid dat hij een ander niet zou doden. Bij de tweede optie daarentegen heeft de psychische act betrekking op ‘doden’. De actor heeft een zeer lage overtuigingsgraad met betrekking tot de mogelijkheid dat hij een ander zou doden. De derde optie verwijst naar de afwezigheid van een geestesgesteldheid. De mogelijkheid dat een ander door hem van het leven beroofd zou worden, is niet door de actor in overweging genomen. Hoewel deze optie geen betrekking heeft op een overtuigingsgraad, staat de afwezigheid van een expliciete geestesgesteldheid gelijk aan een overtuigingsgraad van 0. Ook in dat geval heeft de mogelijkheid geen invloed op het handelen van de actor.

#### 5.3.4.3 *Het onderscheid tussen cognitieve en volitieve geestesgesteldheden*

In de cryptocognitieve benadering worden cognitieve geestesgesteldheden gebruikt om de volitieve component van opzet te beoordelen. Het is in dat verband van belang iets meer te zeggen over hoe cognitieve en volitieve geestesgesteldheden van elkaar onderscheiden kunnen worden. Hieronder bespreek ik achtereenvolgens de opvattingen van Kenny, Searle, Brentano en Shute. Vervolgens leid ik daaruit een criterium af dat gebruikt kan worden om cognitieve van volitieve termen te onderscheiden.

De filosoof Kenny geeft een instructieve typering van beide geestesgesteldheden. Cognitieve geestesgesteldheden laten zich volgens hem duiden op een waar/onwaar-schaal, terwijl volitieve geestesgesteldheden zich laten duiden op een goed/slecht-schaal:

“Among the characterizations we may assign to human mental states and actions, there are two which stand out as the most important. We may characterize certain states as true (or false); we may characterize others as good (or evil). Beliefs, most obviously, may be described as true or false; desires, most obviously, may be described as good or evil. Those states and activities which can be evaluated on the true/false scale belong to the cognitive side of the soul; those states and activities which are evaluated on the good/evil scale belong to the affective, volitional side of the soul. At the highest level, the truth-bearing (or falseness-bearing) items are actualizations of the intellect;

---

<sup>327</sup> Zie paragraaf 5.2.4.2 over de betekenis van de term ‘expliciete wetenschap’.

the goodness-bearing (or badness-bearing) items are actualizations of the will.”<sup>328</sup>

De filosoof Searle wijst erop dat het kenmerk dat overtuigingen waar of onwaar kunnen zijn, deel uitmaakt van de definitie van het begrip. In de onderstaande passage bespreekt Searle dit kenmerk tegen de achtergrond van een aantal stellingen die ontleend zijn aan de volkpsychologie ('folk psychology'), dat wil zeggen het psychologische begrippenkader dat gehanteerd wordt door gewone mensen:

- “1. In general, beliefs can be either true or false.
2. Sometimes people get hungry, and when they are hungry they often want to eat something.
3. Pains are often unpleasant. For this reason people often try to avoid them.

It is hard to imagine what kind of empirical evidence could refute these propositions. The reason is that on a natural construal they are not empirical hypotheses, or not *just* empirical hypotheses. They are more like constitutive principles of the phenomena in question. Proposition 1, for example, is more like the 'hypothesis' that a touchdown in American football counts six points. If you are told that a scientific study has shown that touchdowns actually count only 5.999999999 points, you know that somebody is seriously confused. It is part of the current definition of a touchdown that it counts six points. We can change the definition but not discover a different fact. Similarly, it is part of the definition of 'belief' that beliefs are candidates for truth or falsity. We could not 'discover' that beliefs are not susceptible to being true or false.”<sup>329</sup>

In mijn proefschrift heb ik het onderscheid tussen cognitieve en volitieve geestesgesteldheden gebaseerd op het werk van de filosoof Brentano.<sup>330</sup> De cognitieve act – het zogenoemde 'oordeel' – wordt gedefinieerd als het *erkennen* (positief oordeel) dan wel *verwerpen* (negatief oordeel) van het voorgestelde psychische object. Brentano legt aldus de nadruk op de subjectieve waarheidsevaluatie: het gaat erom of de actor het voorgestelde waar dan wel onwaar acht. Brentano onderscheidt deze cognitieve act van de volitieve act. De volitieve act – de zogenoemde 'waardering' – wordt gedefinieerd als het

---

<sup>328</sup> Kenny 2001, 'Essays on the Aristotelian tradition', p. 74-75. Zie ook Kenny 1978, 'Freewill and responsibility', p. 46: "Affective states of mind are neither true nor false but consist in an attitude of pursuit or avoidance: such things as purpose, intention, desire, volition."

<sup>329</sup> Searle 1992, 'The rediscovery of the mind', p. 62.

<sup>330</sup> Zie bijv. Brentano 1971, 'Psychologie vom empirischen Standpunkt: von der Klassifikation der psychischen Phänomene'. Zie over het door Brentano gemaakte onderscheid: Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 381-386.

appreciëren (positieve waardering) dan wel depreciëren (negatieve waardering) van het voorgestelde psychische object.

Als laatste geef ik de opvatting van Shute weer. Hij bespreekt het onderscheid tussen cognitieve en volitieve geestesgesteldheden in de context van het strafrecht. Shute betoogt dat het verschil tussen het cognitieve en het volitieve meebrengt dat geen analytisch of logisch verband bestaat tussen beide domeinen:

“Cognitive states of mind, like ‘belief’, ‘knowledge’, ‘foresight’, ‘expectation’ and ‘awareness’, generally involve the possession of a piece of factual information, and, because this information may be true or false, they are readily undercut by the fact that the world departs from them. Affective states of mind, on the other hand, are not so threatened by the fact that the world is at odds with them. These states of mind, which include ‘desire’, ‘hope’, ‘want’, and ‘care’, characteristically reflect a person’s attitude to a given state of affairs. (...)”

Once this fundamental distinction is understood we can see that it would be false to conclude from the fact a defendant in a rape case could not care less whether his partner wanted sexual intercourse or not that, as a matter of logical necessity, the defendant could not also have believed that his victim wanted sex. (...) The fact that someone does not care about a risk does not allow us to draw any *logical* conclusion about whether the person also believes that the risk does or does not exist.”<sup>331</sup>

Uit de in deze paragraaf weergegeven opvattingen volgt dat cognitieve geestesgesteldheden gekenmerkt worden door het feit dat ze geëvalueerd kunnen worden op een waar/onwaar-schaal. Een cognitieve geestesgesteldheid heeft altijd betrekking op iets dat waar of onwaar geweest is (verleden), waar of onwaar is (heden) of waar of onwaar kan worden (toekomst). Deze eigenschap van het cognitieve kan fungeren als een lakmoesproef voor het vaststellen van cryptocognitivism: het gebruiken van cognitieve termen om de volitieve component te omlijnen. Als het object van de psychische term in kwestie geëvalueerd kan worden op een waar/onwaar-schaal, dan hebben we te doen met een cognitieve term.<sup>332</sup>

#### 5.3.4.4 *Cryptocognitivism in de Nederlandse doctrine*

Het is niet zo moeilijk om cryptocognitieve tendensen in de Nederlandse doctrine te ontwaren. In het onderstaande besteed ik aandacht aan een zestal opvattingen die de laatste decennia voor het voetlicht zijn gebracht. In de

<sup>331</sup> Shute 1996, ‘Second Law Commission consultation paper on consent: something old, something new, something borrowed: three aspects of the project’, p. 686-687 (voetnoten verwijderd).

<sup>332</sup> Vgl. Shute 2002, ‘Knowledge and belief in the criminal law’, p. 183.

geciteerde passages zal ik door middel van cursiveringen aanduiden wanneer cognitieve termen worden gebruikt om de afwezigheid van de volitieve component ('niet willen') te omlijnen. De gecursiveerde zinsneden worden aan het slot van deze paragraaf (geparafraseerd) weergegeven in een tabel.

#### *Remmelink 1996*

De eerste auteur die aan bod komt, is Remmelink. Delen van het onderstaande citaat zijn reeds eerder gebruikt in het kader van anterieure wetenschap (paragraaf 5.2.2) en de voorgestelde voorwaardelijke wenselijkheid (paragraaf 5.3.2). Zoals reeds eerder is uiteengezet, staat Remmelink een exclusief volitieve grens tussen opzet en schuld voor:

"[Bewuste schuld] is aanwezig, als de dader aan het funeste gevolg dat intreden kan wèl denkt, maar zijn daad tòch aandurft, omdat hij *in de verwezenlijking daarvan niet gelooft* en haar zou nalaten, als hij het intreden wèl *verwachtte*. Dit kan het geval zijn bij een automobilist, die met grote snelheid door een drukke straat rijdt om zijn trein nog te halen. De mogelijkheid van een aanrijding flitst door zijn brein, maar *wordt teruggedrongen* door de overweging, dat hij het al zo dikwijls deed zonder ongelukken, dat immers het verkeer goed geregeld is en dat juist bij drukte iedereen goed oplet, enz. Overrijdt hij dan toch iemand, dan is er plaats voor het aannemen van bewuste culpa."<sup>333</sup>

#### *Kelk 1998; Kelk & De Jong 2016*

Kelk bespreekt een voorbeeld waarbij een arbeider een zware balk van een bouwstelling naar beneden gooit, terwijl hij een voetganger ziet aankomen. Dit voorbeeld is eerder aan bod gekomen bij de voorgestelde voorwaardelijke wenselijkheid (paragraaf 5.3.2). Het aan Frank ontleende criterium werd daar opgevoerd om de volitieve component van opzet in te vullen. In de onderstaande passage gaat het om het niet vervuld zijn van de volitieve component, zodat sprake is van bewuste schuld:

"In de eerste plaats kan de arbeider de balk naar beneden gooien omdat hij *meent dat de voorbijganger zich nog op voldoende afstand bevindt om dat risico te kunnen nemen*. Maakt hij evenwel daarbij een *inschattingsfout* – wellicht verandert de balk bij de val van richting vanwege de wind of versnelt de voorbijganger net plotseling de pas – dan past de constatering dat hij *té optimistisch is geweest in zijn taxatie van de afstand*. (...) Dit type mogelijkhedenbe-

---

<sup>333</sup> Remmelink 1996, 'Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht', p. 205.

wustzijn wordt dan ook onder de naam: bewuste schuld tot de sfeer van de culpa gerekend. (...)

Het is duidelijk dat het bewijs van een dergelijke innerlijke gesteldheid buitengewoon moeilijk zal zijn te leveren. Dat begint al met het oordeel over het voorzien van de mogelijkheid en al zeker geldt dit voor de gedachtegang welke inhoudt dat iemand vervolgens *te optimistisch is geweest* danwel het gevolg voor lief heeft genomen.”<sup>334</sup>

### *De Jong & Knigge 2003*

De Jong & Knigge bespreken de grens tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld aan de hand van een voorval waarbij iemand een touw over de weg had gespannen om een bepaalde automobilist te laten schrikken.<sup>335</sup> Er reed echter een bromfietser tegen het touw aan, waardoor zwaar lichamelijk letsel werd veroorzaakt. De Jong & Knigge borduren op dit voorval voort door arguendo een vorm van wetenschap bij de actor aan te nemen (in de echte zaak had de verdachte verklaard niet aan fietsers of bromfietzers te hebben gedacht):

“Stel nu dat de verdachte wél even had gedacht aan de mogelijkheid dat fietsers en bromfietzers ernstige verwondingen zouden oplopen. Dat enkele feit zou dan nog niet voldoende zijn geweest om voorwaardelijk opzet aan te nemen. Daarvoor is tevens vereist dat de verdachte de mogelijkheid als reëel had ingeschat en haar desondanks op de koop toe had genomen.

In de formules die de Hoge Raad hanteert, liggen twee vereisten besloten. De dader moet in de eerste plaats mogelijksbewustzijn hebben gehad. De dader moet in de tweede plaats de kwade kans hebben ‘aanvaard’, zich welbewust aan de reële mogelijkheid hebben blootgesteld. Juist die onverschilligheid vormt het kardinale verschil met de zogenaamde bewuste schuld, die tot de culpa wordt gerekend. Ook bij bewuste schuld heeft de dader mogelijksbewustzijn. Ook hier heeft de dader dus gedacht aan de mogelijkheid dat een bromfietser tegen het touw zou aanrijden en zou verongelukken. Het verschil is echter dat hij die mogelijkheid vervolgens juist wel *als denkbeeldig heeft verworpen*. Hij heeft gemeend dat het niet zo’n vaart zou lopen. Het verwijt dat hem wordt gemaakt, is dat hij dat te lichtvaardig heeft aangenomen. Men zou kunnen zeggen dat het de wil van de dader is die het verschil maakt. Bij voorwaardelijk opzet laat de dader zich niet weerhouden door de grote risico’s waarvan hij zich bewust is. Hij wil ondanks die risico’s handelen. Bij bewuste schuld heeft de dader *de risico’s verkeerd ingeschat*. Hij heeft die risi-

---

<sup>334</sup> Kelk 1998, ‘Studieboek materieel strafrecht’, p. 179. De door Kelk aangebrachte cursiveringen zijn niet cursief weergegeven. Zie ook in vrijwel gelijkluidende bewoordingen: Kelk & De Jong 2016, ‘Studieboek materieel strafrecht’, p. 261-262.

<sup>335</sup> Zie HR 18 juni 1996, NJ 1996, 750.



co's echter niet geaccepteerd en de inbreuk op de strafwet dus ook niet in afgezwakte vorm gewild.”<sup>336</sup>

De Jong & Knigge bespreken even later het Porsche-arrest. In de volgende passage staan ze stil bij de constatering van de Hoge Raad dat in het algemeen niet mag worden aangenomen dat een automobilist de mogelijkheid van een frontale botsing met een tegenligger – waarbij de kans groot is dat hij ook zelf het leven verliest – op de koop toeneemt:

“Inderdaad mag er ook ingeval van roekeloos rijden niet vanuit worden gegaan dat de bestuurder onverschillig staat tegen de mogelijkheid van zijn eigen dood. Meestal is alleen sprake van vergaande lichtzinnigheid en *grove zelfoverschatting*. Uit de bewijsmiddelen bleek dat aan de fatale inhaalmanoeuvre een aantal mislukte pogingen was voorafgegaan. Dat wijst er op dat de verdachte de inhaalmanoeuvre pas doorzette toen hij *meende dat het kon* en dat hij *er dus op rekende dat het wel goed zou aflopen*. Dan is sprake van bewuste schuld, niet van opzet.”<sup>337</sup>

### Brouns 2006

Het in 1988 verschenen proefschrift van Brouns is aan bod gekomen bij de bespreking van de normatieve opzettheorie.<sup>338</sup> In een in 2006 verschenen artikel staat Brouns stil bij het verschil tussen voorwaardelijk opzet en schuld aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad:

“Opzet is willen en weten. De andere schuldvorm, culpa, is weten zonder willen. (...)

Opzet en culpa verschillen van elkaar door het al dan niet gewild zijn van de delictshandeling of het delictsgevolg. (...)

---

<sup>336</sup> De Jong & Knigge 2003, ‘Het materiële strafrecht’, p. 107-108. Het verdient opmerking dat de in de nieuwe druk van dit handboek neergelegde opvatting op bepaalde punten lijkt af te wijken van de hier weergegeven opvatting. Zie Knigge & Wolswijk 2015, ‘Het materiële strafrecht’, p. 114-117. De auteurs bespreken de grens tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld nu aan de hand van een ander voorbeeld. Enerzijds betogen de auteurs naar aanleiding van een reeks cognitieve zinsneden (‘denken dat het wel zou meevallen’; ‘de mogelijkheid als denkbeeldig verwerpen’; ‘menen dat het niet zo’n vaart zou lopen’) dat het de wil van de actor is die het verschil maakt. Anderzijds wordt in deze druk ook de conclusie getrokken dat de actor zich daarom niet bewust is geweest van de aanmerkelijke kans. Dat betekent dat de visie nu meer tendeert naar de cognitieve opzettheorie, waar het gebrek aan cognitie ook wordt afgekaart bij de cognitieve component. Op andere plaatsen in het hoofdstuk blijven de auteurs echter wel vasthouden aan een volitieve grens.

<sup>337</sup> De Jong & Knigge 2003, ‘Het materiële strafrecht’, p. 109. Zie ook Knigge & Wolswijk 2015, p. 116-117.

<sup>338</sup> Zie paragraaf 3.4.4.

Hoe te voorkomen dat men door de ondergrens van het opzet zakt? Wanneer bewezen is verklaard dat verdachte zich bewust was van de aanmerkelijke kans dat het gevolg kon intreden, dan is daarmee nog niet zijn opzet op het gevolg bewezen. Beslissend is wat hij, dat wetende, heeft gedaan. Heeft hij van de gedraging afgezien? Of heeft hij *gedacht dat het zo'n vaart niet zou lopen* en eventueel zijn gedrag aangepast, zodanig dat hij *kon menen dat hij voldoende had gedaan om het gevaar te keren*. Dat kan onachtzaam, onvoorzichtig, zelfs roekeloos zijn, maar er is dan nog geen sprake van opzet op het ingetreden gevolg.”<sup>339</sup>

### *Rozemond 2009*

Rozemond stelt in zijn bespreking van mijn proefschrift dat hij niet overtuigd is van mijn cognitieve analyse van het opzetbegrip. Vervolgens probeert hij te laten zien op welke wijze toch tot een volitieve grens tussen opzet en schuld kan worden gekomen. Het vertrekpunt van Rozemonds argumentatie spreekt mij aan, omdat hij opzet expliciet aan de hand van een keuzeproces analyseert. Dat betekent dat zijn visie zich goed laat duiden in het raamwerk van de in paragraaf 4.4 geïntroduceerde rationele keuzetheorie.

Rozemond plaatst zowel het inrijden op een agent als de inhaalmanoeuvre uit de Porschezaak in de sleutel van een keuzeproces. Vervolgens herleidt hij de voor opzet benodigde aanvaarding tot een positieve waardering in vergelijking met de beschikbare alternatieven (liever willen). Iemand die inrijdt op een agent heeft opzet op het veroorzaken van zwaar lichamelijk letsel als hij zich liever blootstelt aan de aanmerkelijke kans dat de agent zwaar lichamelijk letsel oploopt dan dat hij wordt aangehouden. Rozemonds analyse van het inrijden op een agent is in lijn met de in paragraaf 4.7 ondernomen analyse van een dergelijk geval. Zijn analyse van dit geval kan ook toegepast worden op andere gevallen van strafrechtelijk opzet. In vrijwel alle gevallen van strafrechtelijk opzet zal gezegd kunnen worden dat de actor de optie waarvan de aanmerkelijke kans op het gevolg deel uitmaakt wenselijker acht dan welke andere optie dan ook.

Een inhoudelijk verschil tussen Rozemonds visie en mijn visie is wellicht dat ik ook opzet zou willen aannemen als de actor de optie met de aanmerkelijke kans op het gevolg net zo wenselijk acht als een andere optie, terwijl de actor niet voor vermindering van de eerstgenoemde optie kiest. In dat geval kan niet gezegd worden dat de aanmerkelijke kans op het gevolg deel uitmaakt van een optie die een hogere wenselijkheidsgraad heeft dan de andere optie. De afwezigheid van een preferentieact (liever willen) staat naar mijn mening niet in de weg aan het aannemen van opzet. Het is voldoende als de actor heeft nagelaten te kiezen voor het vermijden van de optie waarvan de aanmerke-

---

<sup>339</sup> Brouns 2006, ‘Een kleine inleiding in het opzet in het Wetboek van Strafrecht aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad in de eerste helft van 2006’, p. 936-941. De aan het begin van de derde alinea opgenomen vraag betreft een paragraaftitel.

lijke kans op het gevolg deel uitmaakt.<sup>340</sup> In dat geval kan in beginsel gezegd worden dat de actor de aanmerkelijke kans niet graag genoeg heeft willen vermijden.<sup>341</sup> Hoewel geen sprake is van 'liever willen' kan naar mijn mening wel gezegd worden dat sprake is van 'aanvaarding'. Of een dergelijk geval zich vaak buiten de studeerkamer zal voordoen, valt te bezien. Zoals gezegd zal in de praktijk vrijwel altijd sprake zijn van een positieve preferentieact (liever willen). Rozemonds typering van het opzetbegrip levert daarom een bruikbaar instrument voor analyse op.

Ik kan mij minder goed vinden in Rozemonds analyse van de bewuste schuld. Rozemond zegt een volitieve grens tussen opzet en schuld voor te staan, waarbij de bewuste schuld gekenmerkt wordt door het niet aanvaarden van de aanmerkelijke kans op het gevolg. In de onderstaande passage komt echter naar voren dat hij cognitieve termen gebruikt om de beweerdelijk volitieve grens tussen opzet en schuld te omlijnen:

“Volgens de Hoge Raad is de wetenschap van de aanmerkelijke kans op een gevolg niet voldoende voor voorwaardelijk opzet. De verdachte moet de aanmerkelijke kans op dat gevolg ook bewust aanvaarden of op de koop toe nemen (overweging 3.6 in *NJ* 2003, 552 (HIV I)). In de ogen van de Hoge Raad zijn weten en aanvaarden kennelijk verschillende psychische activiteiten en vormt het aanvaarden het scharnierpunt tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld. (...)

Bij bewuste schuld heeft de dader wel bewustzijn van de aanmerkelijke kans op een gevolg, maar aanvaardt hij die kans niet, omdat hij *denkt dat het wel goed zal aflopen*, bijvoorbeeld omdat hij *denkt dat hij in staat is om het gevolg te vermijden*. (...)

Dat [het rijgedrag van de Porschebestuurder] op het fatale moment tot een dodelijk ongeluk leidt, is kennelijk het gevolg van een *inschattingsfout* in het licht van de waardering die hij heeft ten aanzien van de verschillende mogelijkheden: hij *is er ten onrechte vanuit gegaan dat het op het fatale moment wel goed zou aflopen*. (...)

Dit lijkt mij een plausibele uitleg van de rechtspraak van de Hoge Raad, hoewel de Hoge Raad niet helemaal duidelijk is in de wijze waarop hij voorwaardelijk opzet en bewuste schuld onderscheidt. Bewuste schuld lijkt volgens de Hoge Raad te kunnen bestaan uit bewustzijn van de aanmerkelijke kans op het gevolg zonder dat de dader die kans ook aanvaardt. Dat heeft iets paradoxaals: hoe kan een dader zich bewust zijn van een aanmerkelijke kans zonder dat hij die kans aanvaardt wanneer hij een gevaarlijke gedraging verricht? Ik denk dat dit kan worden verklaard vanuit de roekeloosheid: de roekeloze is zich wel bewust van het gevaar dat hij veroorzaakt, maar hij *denkt dat hij in staat is dit gevaar onder controle te houden*. Vaak lukt hem dat ook

---

<sup>340</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 418-420.

<sup>341</sup> Het voorbehoud ('in beginsel') is opgenomen, omdat de actor niet hoeft te kiezen voor het vermijden van de aanmerkelijke kans op het gevolg indien zich een rechtvaardigingsgrond voordoet.

(de afgebroken inhaalmanoeuvres in de Porsche-zaak), maar op een fataal moment gaat het mis.

De bewuste schuld bestaat in dit soort gevallen uit een *vergissing ten aanzien van het eigen vermogen om bepaalde gevolgen te vermijden*. Het is echter ook mogelijk dat de roekeloze *zich vergist over de aanmerkelijkheid van de kans*. In dat geval was hij zich wel bewust van het gevaar, maar *niet van de omvang van dat gevaar*: hij *vergist zich ten aanzien van de grootte van de kans*. Een combinatie van die twee is ook mogelijk: de dader *vergist zich over de grootte van de kans en over zijn eigen vermogen om een fataal gevolg te vermijden*. Het kenmerkende van deze drie vormen van bewuste schuld is het bewustzijn bij de dader van een bepaald gevaar. In geen van deze gevallen waardeert de schuldige de kans op het gevolg positief.”<sup>342</sup>

### *Harteveld & Robroek 2012*

De laatste te bespreken opvatting is afkomstig uit het aan het verkeersrecht gewijde boek van Harteveld & Robroek. In de onderstaande passage staat het onderscheid tussen de bewuste en onbewuste schuld centraal:

“Toegepast op art. 6 WWV 1994 is bij bewuste schuld de dader zich bewust geweest van de mogelijkheid van een ongeval, maar *gelooft hij in een goede afloop*, terwijl de onbewuste schuld zich kenmerkt doordat de dader in het geheel niet aan de mogelijkheid van een ongeval heeft gedacht. Als gezegd vormt bewuste schuld de afpaling van de onderzijde van het opzet, het voorwaardelijk opzet. De kern van het voorwaardelijk opzet is gelegen in het welbewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat een bepaald gevolg zal intreden. (...)

Een bekend voorbeeld van bewuste schuld is het volgende: een weggebruiker *meent, bij een kruising aangekomen, dat hij de drukke voorrangsweg nog wel kan oprijden*, maar *vergist zich daarin*. Hij had zich de kans op een verkeerde afloop van zijn verkeersmanoeuvre wél gerealiseerd en daarom had hij anders behoren te handelen. De weggebruiker heeft in deze casus een *verkeerde inschatting gemaakt* en zich daarom onvoorzichtig en/of onachtzaam gedragen.”<sup>343</sup>

---

<sup>342</sup> Rozemond 2009, ‘Literatuurbespreking: A.A. van Dijk, Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 229-235.

<sup>343</sup> Harteveld & Robroek 2012, ‘Hoofdwegen door het verkeersrecht’, p. 74.

**Tabel 5.5** Manifestaties van cryptocognitivism

Auteur(s)	Argumenten voor aantasting volitieve component
Rommelink	Niet geloven in de verwezenlijking van het gevolg
	Niet verwachten van het gevolg <sup>344</sup>
	Het teruggedrongen worden van de mogelijkheid van een aanrijding
Kelk	Menen dat het risico genomen kan worden
Kelk & De Jong	Een inschattingsfout maken
	Té optimistisch zijn in zijn taxatie
	Te optimistisch zijn
De Jong & Knigge	De mogelijkheid als denkbeeldig verwerpen
	Menen dat het niet zo'n vaart zou lopen
	Aannemen dat het niet zo'n vaart zou lopen
	De risico's verkeerd inschatten
	Grove zelfoverschatting
	Menen dat de inhaalmanoeuvre kon
	Erop rekenen dat het wel goed zou aflopen
Brouns	Denken dat het zo'n vaart niet zou lopen
	Kunnen menen voldoende te hebben gedaan om het gevaar te keren
Rozemond	Denken dat het wel goed zal aflopen
	Denken in staat te zijn het gevolg te vermijden
	Een inschattingsfout
	Er ten onrechte van uitgaan dat het op het fatale moment wel goed zou aflopen
	Denken in staat te zijn het gevaar onder controle te houden
	Een vergissing ten aanzien van het eigen vermogen om bepaalde gevolgen te vermijden
	Zich vergissen over de aanmerkelijkheid van de kans
	Zich niet bewust zijn van de omvang van het gevaar
	Zich vergissen ten aanzien van de grootte van de kans
	Zich vergissen over de grootte van de kans én over het eigen vermogen een gevolg te vermijden
Harteveld & Robroek	Geloven in een goede afloop
	Menen dat een voorrangsweg nog wel opgereden kan worden
	Zich erin vergissen dat een voorrangsweg nog wel opgereden kan worden
	Maken van een verkeerde inschatting

<sup>344</sup> Deze zinsnede is afgeleid uit de op het tegendeel betrekking hebbende zinsnede "wèl verwachtte".

Ik heb sterk het gevoel een open deur in te trappen door op te merken dat de in tabel 5.5 verzamelde uitdrukkingen stuk voor stuk cognitief van aard zijn. Het feit dat zo veel auteurs in de doctrine hier iets menen (wensen?) te zeggen over de afwezigheid van de volitieve component, laat evenwel zien dat het mogelijk is daarover anders te denken. Ik laat het hier verder bij deze constatering. In paragraaf 5.7 sta ik stil bij de wenselijkheid van de cryptocognitieve benadering.

#### 5.3.4.5 Toepassing op de Porschezaak

De in de voorgaande paragraaf besproken opvattingen laten zien hoe de *volitieve* component van opzet beoordeeld kan worden aan de hand van *cognitieve* geestesgesteldheden (cryptocognitivism). In deze paragraaf staat de toepassing van deze benadering op de Porschezaak centraal. De Jong & Knigge wijzen erop dat de bestuurder de inhaalmanoeuvre pas doorzette toen hij meende dat het kon en dat hij er dus op rekende dat het wel goed zou aflopen. Rozemond stelt dat de bestuurder er ten onrechte van uit is gegaan dat het op het fatale moment wel goed zou aflopen.

Deze interpretatie kan naadloos worden toegepast op de door de Hoge Raad in het Porsche-arrest gebruikte zinsnede dat de inhaalmanoeuvre “in de voorstelling en naar de verwachting van de verdachte (...) niet tot een botsing zou leiden”. Als deze cognitieve typering niet noopt tot aantasting van de cognitieve component, dan kan zij nog gebruikt worden om de volitieve component aan te tasten. Het staat buiten kijf dat de termen ‘voorstelling’ en ‘verwachting’ verwijzen naar een cognitieve geestesgesteldheid. Het object waarop de voorstelling en verwachting betrekking hebben (het niet plaatsvinden van een botsing) leent zich namelijk voor evaluatie op de waar/onwaarschaal. Als deze termen inderdaad geacht worden iets te zeggen over de volitieve component, dan is derhalve sprake van cryptocognitivism.

### 5.4 Een volitieve duiding van de rechtspraak van de Hoge Raad

#### 5.4.1 Inleiding

Om de Porschezaak te kunnen verklaren aan de hand van de volitieve theorie moet beargumenteerd worden dat in deze zaak sprake is van ‘weten’ en ‘niet willen’. Deze benadering roept twee lastige vragen op. De eerste vraag is hoe de cognitieve component vervuld kan zijn als de botsing niet was *voorgesteld* en *verwacht* door de bestuurder. In paragraaf 5.2 heb ik drie interpretaties van de cognitieve component besproken waarbij deze component op andere wijze wordt ingevuld. De tweede lastige vraag is of er een criterium voor de volitieve component bestaat dat onafhankelijk van de cognitieve component functioneert, zodat een exclusief volitief onderscheid tussen opzet en schuld kan worden verwezenlijkt. In paragraaf 5.3 heb ik drie interpretaties van de

volitieve component besproken die het mogelijk maken opzet en schuld alleen via de volitieve component te onderscheiden. De drie alternatieve interpretaties van de cognitieve component en de drie alternatieve interpretaties van de volitieve component zijn weergegeven in tabel 5.6.

**Tabel 5.6** Volitieve interpretaties van bewuste schuld

Cognitieve component	Volitieve component		
	Voorgestelde voorwaardelijke wenselijkheid	Voorspelde voorwaardelijke wenselijkheid	Cryptocognitivism
Anterieure wetenschap	x	x	x
Minimale wetenschap	x	x	x
Onbewuste wetenschap	x	x	x

De drie interpretaties van de cognitieve component en de drie interpretaties van de volitieve component kunnen in beginsel onafhankelijk van elkaar functioneren. Dat brengt mee dat er negen volitieve duidingen van bewuste schuld onderscheiden kunnen worden. De negen combinaties worden in tabel 5.6 met een kruisje aangeduid.

In deze paragraaf staat de vraag centraal welke van deze negen combinaties de beste verklaring kan bieden voor de rechtspraak van de Hoge Raad. Om die vraag te kunnen beantwoorden, sta ik stil bij het Porsche-arrest en het eerste Hiv-arrest. In de hieronder weergegeven passages geeft de Hoge Raad in algemene zin aan hoe de grens tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld getrokken moet worden.

### *Porsche-arrest*

“Het geval kan zich voordoen dat ten aanzien van een verdachte die door zeer gevaarlijk te rijden een ongeval met dodelijke afloop heeft veroorzaakt moet worden aangenomen dat deze de slachtoffers van dat ongeval opzettelijk van het leven heeft beroofd, zodat art. 287 Sr van toepassing is, bij welke bepaling een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren is bedreigd. Zo’n geval doet zich voor indien de verdachte zijn gedraging willens en wetens op de dood van die slachtoffers heeft gericht. Voorts kan een zodanig geval zich voordoen indien moet worden aangenomen dat de verdachte zich aan de aanmerkelijke kans dat andere verkeersdeelnemers door zijn gedraging het leven zullen verliezen willens en wetens heeft blootgesteld, met dien verstande dat hij – in plaats van erop te rekenen dat een en ander wel goed zal aflopen – de aanmerkelijke kans dat anderen door zijn gedrag het leven zullen laten desbewust heeft aanvaard en op de koop toe genomen.”<sup>345</sup>

<sup>345</sup> HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199.

*Hiv-arrest I*

“Voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg – zoals hier de dood – is aanwezig indien de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dat gevolg zal intreden. (...)”

Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans is niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen). Uit de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is dan wel bij hem moet worden verondersteld, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard, omdat in geval van die wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld.

Van degene die weet heeft van de aanmerkelijke kans op het gevolg, maar die naar het oordeel van de rechter ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden, kan wel worden gezegd dat hij met (grove) onachtzaamheid heeft gehandeld maar niet dat zijn opzet in voorwaardelijke vorm op dat gevolg gericht is geweest.”<sup>346</sup>

In Hiv-arrest I overweegt de Hoge Raad expliciet dat wetenschap zich zowel kan voordoen bij voorwaardelijk opzet als bij bewuste schuld. Dat kan opgevat worden als een verwerping van de cognitieve opzettheorie en een erkenning van de volitieve opzettheorie. In de ogen van de Hoge Raad dient de grens tussen opzet en schuld kennelijk getrokken te worden aan de hand van de volitieve component (aanvaarden). Dat roept de vraag op hoe de cognitieve en volitieve component in de visie van de Hoge Raad geduid moeten worden. Achtereenvolgens ga ik in op de volitieve component (paragraaf 5.4.2) en de cognitieve component (paragraaf 5.4.3). In paragraaf 5.4.4 geef ik een volitieve duiding van het Porsche-arrest.

### 5.4.2 De volitieve component

Ik begin met het duiden van de volitieve component. In paragraaf 5.3.2 en 5.3.3 heb ik de aan Frank ontleende criteria van de *voorgestelde* voorwaardelijke wenselijkheid en de *voorspelde* voorwaardelijke wenselijkheid besproken. Hoewel in de literatuur soms verwezen wordt naar het handelen onder de contrafactische voorwaarde van zekerheid,<sup>347</sup> bevat de rechtspraak van de

<sup>346</sup> HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049. Zie ook HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862 (Jansen Steur).

<sup>347</sup> Zie R Emmelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 205; Blom 2013, ‘Beginnelen van strafrecht’, p. 71; en Kelk & De Jong 2016, ‘Studieboek materieel strafrecht’, p. 261. Blom 2013, p. 71 stelt dat bij het vaststellen van voorwaardelijk opzet (vaak) gebruik wordt gemaakt van het ge-



Hoge Raad geen aanwijzingen dat een dergelijk criterium door hem wordt gehanteerd. Daar komt nog bij dat deze criteria zich het best laten denken in een context waarin geen hoge eisen aan de cognitieve component worden gesteld. De vraag is immers of de actor zou handelen onder de contrafactische voorwaarde van zekerheid. Als voorwaardelijk opzet op deze wijze wordt beoordeeld, dan lijkt het weinig zinvol de aanvullende voorwaarde te stellen dat de actor zich daadwerkelijk bewust moet zijn van een *aanmerkelijke* kans. De voor voorwaardelijk opzet vereiste indifferentie is immers al afdoende getaxeerd aan de hand van het contrafactische criterium. Het feit dat de Hoge Raad de vereiste wetenschap wél betreft op een *aanmerkelijke* kans,<sup>348</sup> vormt aldus een indicatie dat de grens tussen opzet en schuld niet bepaald moet worden op basis van deze criteria.

Zowel het Porsche-arrest als Hiv-arrest I bevat sterke aanwijzingen dat de Hoge Raad lijdt aan cryptocognitivism. In het Porsche-arrest onderscheidt de Hoge Raad bewuste schuld van voorwaardelijk opzet door ‘erop rekenen dat een en ander wel goed zal aflopen’ (schuld) af te zetten tegen ‘desbewust aanvaarden en op de koop toenemen van de *aanmerkelijke* kans’ (opzet). In Hiv-arrest I zet de Hoge Raad ‘ervan uitgaan dat het gevolg niet zal intreden’ (schuld) af tegen ‘bewuste aanvaarding van de *aanmerkelijke* kans’ (opzet). Als de in deze arresten gebruikte termen worden beoordeeld aan de hand van het in paragraaf 5.3.4.3 geformuleerde criterium om cognitieve en volitieve geestesgesteldheden van elkaar te onderscheiden, dan is het duidelijk dat we van doen hebben met cognitieve termen. Zowel ‘rekenen op’ als ‘uitgaan van’ leent zich immers voor evaluatie op de waar/onwaar-schaal.

Aangezien de Hoge Raad deze termen gebruikt om de afwezigheid van de volitieve component te duiden, lijkt het erop dat de Hoge Raad bevangen is door cryptocognitivism. De Hoge Raad gebruikt cognitieve termen om de volitieve component te beoordelen. Dat betekent dat de Hoge Raads duiding van de geestesgesteldheid van de Porschebestuurder – dat de inhaalmanoeuvre “in de voorstelling en naar de verwachting van de verdachte (...) niet tot een botsing zou leiden” – vermoedelijk eveneens in die sleutel geplaatst moet worden. Zo bezien noopt deze constatering niet tot negatie van de cognitieve component (zoals ik in paragraaf 4.6 heb betoogd), maar leidt deze constatering tot aantasting van de volitieve component.

### 5.4.3 De cognitieve component

De volgende vraag is welke benadering de beste verklaring biedt voor de Hoge Raads invulling van de cognitieve component. Ik begin met de benadering waarbij de cognitieve component ook vervuld kan zijn als de actor zich slechts bewust is van een kans die niet als ‘*aanmerkelijk*’ kan worden beschouwd

---

dachte-experiment ten aanzien van het handelen onder zekerheid. Naar mijn inschatting wordt het criterium in de feitenrechtspraak zelden of nooit gebruikt.

<sup>348</sup> Ik ga daar zo dadelijk op in bij het bespreken van de cognitieve component.

(minimale wetenschap). In paragraaf 5.2.3 is reeds aan de orde gesteld dat deze benadering zich moeilijk laat verenigen met de bewoordingen waarmee de Hoge Raad het voorwaardelijk opzet omschrijft. Zowel in het Porsche-arrest als in Hiv-arrest I betreft de Hoge Raad de cognitieve component expliciet op de *aanmerkelijke* kans. Dat brengt mee dat een overtuigingsgraad die niet als ‘aanmerkelijk’ is te beschouwen geen voorwaardelijk opzet oplevert.<sup>349</sup>

De tweede te bespreken benadering is anterieure wetenschap.<sup>350</sup> Deze benadering houdt in dat de cognitieve component wordt ingevuld aan de hand van op een eerder tijdstip gelokaliseerde wetenschap. Bovendien behelst de benadering dat deze wetenschap tempore delicti niet meer aanwezig is, omdat de actor bij nader inzien tot de alles-of-nietsconclusie is gekomen dat het gevolg niet zal intreden (converteringstheorie). In Hiv-arrest I stelt de Hoge Raad dat bewuste schuld zich voordoet als iemand “die weet heeft van de aanmerkelijke kans op het gevolg (...) ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden”. Deze zinsnede zou op zichzelf beschouwd in de sleutel van de converteringstheorie kunnen worden geplaatst. De wetenschap van de aanmerkelijke kans op  $t_1$  (gradueel oordeel) wordt in die benadering geconverteerd in het er op  $t_2$  van uitgaan dat het gevolg niet zal intreden (dichotoom oordeel). Veel verder dan de stelling dat de bewoordingen van de Hoge Raad niet onverenigbaar zijn met deze benadering zou ik echter niet willen gaan. Het komt mij voor dat de zo dadelijk te bespreken benadering (impliciete of

<sup>349</sup> Blomsma 2012, ‘*Mens rea* and defences in European criminal law’, p. 114 lijkt te suggereren dat de Hoge Raad alleen een aanmerkelijke kans in objectieve zin vereist. Geen van de in de voetnoten ter ondersteuning van die stelling genoemde bronnen lijkt dat beeld echter te bevestigen. Ik wijs in de eerste plaats op de volgende aan Advocaat-Generaal Machielse toegeschreven opvatting: “the Supreme Court takes an objective approach, not even requiring subjective awareness of any chance”. Ik vat Machielses conclusie bij HR 14 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO2966 (Schiphol-brand) echter in andere zin op. Machielse stelt in punt 7.2.2 dat het wat hem betreft vooral om de subjectieve kans dient te gaan en dat hij minder waarde hecht aan de objectieve kans dan de Hoge Raad. Hij beweert echter niet dat de Hoge Raad niet zou hechten aan de subjectieve kans. Sterker nog, in punt 7.3.1 tot 7.3.3 acht Machielse de verklaring van de verdachte die duidt op een lage subjectieve kans niet redengevend voor het bewijs van opzet. In de tweede plaats stelt Blomsma dat de volgende bewoordingen uit HR 19 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2104 (Savanna) impliceren dat de verdachte zich niet bewust hoeft te zijn van de aanmerkelijke kans: “of zij willens en wetens de naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk te achten kans heeft aanvaard”. Dit citaat heeft echter betrekking op de door het Hof gebezigde woorden. De Hoge Raad leest de overwegingen van het Hof echter op traditionele wijze: “Tegen de achtergrond van deze vaststellingen geeft het oordeel van het Hof dat de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat [slachtoffer] ten gevolge van haar handelen zou komen te overlijden, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.” Wat overblijft, is de ook door Blomsma verdedigde stelling dat de aanmerkelijke kans in subjectieve zin in de regel wordt afgeleid uit de aanmerkelijke kans in objectieve zin. Zie ook paragraaf 7.3.2, waar drie benaderingen van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ worden besproken.

<sup>350</sup> Zie paragraaf 5.2.2.

latente wetenschap) een betere verklaring biedt voor de rechtspraak van de Hoge Raad.

De derde alternatieve benadering van de cognitieve component houdt in dat een vorm van onbewuste wetenschap (impliciete of latente wetenschap) volstaat. Ik meen dat deze benadering de beste verklaring biedt voor de rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>351</sup> In Hiv-arrest I zet de Hoge Raad voorwaardelijk opzet af tegen bewuste schuld aan de hand van de uitdrukkingen 'wetenschap hebben van', 'aanwezig zijn van wetenschap' en 'weet hebben van'. Deze uitdrukkingen worden in het spraakgebruik regelmatig gebruikt om vormen van onbewuste wetenschap aan te duiden. Het is daarom goed denkbaar om de cognitieve component op die manier te interpreteren.

Het verdient in dat verband opmerking dat met name latente wetenschap zich bijzonder goed laat combineren met de door de Hoge Raad gevolgde benadering voor de volitieve component (cryptocognitivisme). In stap 1 (de cognitieve component) kan dan gesteld worden dat de verdachte, zoals bijna iedereen, beschikt over de latente wetenschap dat een bepaalde gedraging gepaard gaat met een aanmerkelijke kans op het gevolg. Als sprake is van een aanmerkelijke kans in objectieve zin, dan mag er in de regel van worden uitgegaan dat de verdachte de aanmerkelijkheid van de kans had kunnen berekenen op basis van zijn achtergrondkennis. In stap 2 (de volitieve component) kan dan vervolgens acht worden geslagen op de actuele bewustzijnstoestand van de actor (expliciete wetenschap). Als de verdachte niet gedacht heeft aan de gevaren, dan leidt dat tot negatie van de volitieve component.

De voor stap 1 vereiste latente wetenschap is tijdsafhankelijk. De voor stap 2 vereiste expliciete wetenschap dient zich echter tempore delicti te manifesteren. In dat verband is van belang dat de Hoge Raad bij het afbakenen van opzet en schuld (stap 2) de aandacht vestigt op het tijdsaspect. De Hoge Raad spreekt eerst van bewuste aanvaarding "ten tijde van de gedraging". Later slaat hij acht op "hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan". Het door de Hoge Raad gebruiken van een tijdsaanduiding zou in de sleutel geplaatst kunnen worden van de verschillende typen van wetenschap die bij de cognitieve dan wel de volitieve component vereist zijn. De (altijd aanwezige) latente wetenschap van de aanmerkelijke kans volstaat niet voor opzet; er moet daarnaast sprake zijn van expliciete wetenschap ten tijde van de gedraging.

Uit het voorgaande bleek dat latente wetenschap zich in het algemeen goed laat combineren met cryptocognitivisme. Daarnaast kan aan de Porschezaak een bijzonder argument ontleend worden om latente wetenschap reeds voldoende te achten. In paragraaf 5.2.4.4 is reeds uiteengezet dat de andere vorm van onbewuste wetenschap – impliciete wetenschap – minder gemakkelijk gebruikt kan worden ter verklaring van de Porschezaak. Impliciete wetenschap stuurt iemands handelen, hoewel de persoon zich daarvan niet actief bewust is. Als in de Porschezaak impliciete wetenschap wordt aangenomen, dan doemt het probleem op dat tevens lijkt te moeten worden aangenomen

---

<sup>351</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 425-426.

dat de actor zich niet heeft laten weerhouden door de impliciete wetenschap dat hij ook zelf de dood zou kunnen vinden. Daarnaast kan opgemerkt worden dat impliciete wetenschap zich waarschijnlijk niet zo snel voor zal doen bij de unieke en ingrijpende gevolgen waar het in de Porschezaak om gaat. Tegen deze achtergrond ligt het het meest voor de hand de cognitieve component in de Porschezaak in te vullen aan de hand van latente wetenschap.

#### **5.4.4 Besluit: een volitieve duiding van het Porsche-arrest**

Ik kom tot een afronding van deze paragraaf. Van de negen volitieve duidingen van bewuste schuld heeft de combinatie van onbewuste wetenschap (cognitieve component) en cryptocognitivism (volitieve component) de beste papieren. Dat leidt tot de volgende duiding van het Porsche-arrest. De cognitieve component is vervuld, omdat de bestuurder beschikt heeft over de latente wetenschap dat de laatste inhaalmanoeuvre dan wel de rit als zodanig gepaard ging met de aanmerkelijke kans op de dood van een ander. De volitieve component is echter niet vervuld, omdat de bestuurder ten tijde van de laatste inhaalmanoeuvre niet de verwachting heeft gehad (expliciete wetenschap) dat een ander daarbij om het leven zou komen.

### **5.5 Hoe verhoudt de echte cognitieve interpretatie zich tot de cryptocognitieve interpretatie?**

#### **5.5.1 Inleiding**

In deze paragraaf staat de vraag centraal of de echte cognitieve interpretatie van opzet (zie hoofdstuk 4) tot dezelfde uitkomsten leidt als de cryptocognitieve interpretatie waarvan de Hoge Raad lijkt uit te gaan (zie paragraaf 5.4). De twee interpretaties laten zich niet gemakkelijk met elkaar vergelijken. Daarom zal in paragraaf 5.5.2 eerst worden uiteengezet op basis van welke vergelijkingsmaatstaf de twee interpretaties met elkaar worden vergeleken. Vervolgens vindt in paragraaf 5.5.3 een verkenning plaats van de mogelijke verschillen tussen de twee interpretaties. Paragraaf 5.5.4 bevat ten slotte een pleidooi voor een identieke interpretatie.

### 5.5.2 Hoe kunnen de twee interpretaties met elkaar worden vergeleken?

In de echte cognitieve interpretatie leidt de afwezigheid van *expliciete* bewustheid van een aanmerkelijke kans op het gevolg tot aantasting van de cognitieve component.<sup>352</sup> In de cryptocognitieve interpretatie wordt de volitieve component aangetast door ‘erop rekenen dat een en ander wel goed zal aflopen’ (Porsche-arrest) of ‘ervan uitgaan dat het gevolg niet zal intreden’ (Hiv-arrest I). Ik ga ervan uit dat deze beide zinsneden eveneens betrekking hebben op *expliciete* wetenschap.<sup>353</sup>

De echte cognitieve interpretatie en de cryptocognitieve interpretatie stemmen dus in zoverre met elkaar overeen dat in beide gevallen acht moet worden geslagen op expliciete wetenschap. Op het eerste gezicht lijken er echter ook twee verschillen te zijn. In de eerste plaats geldt dat de echte cognitieve interpretatie betrekking heeft op het *verboden gevolg* ( $\Phi$ ), terwijl de cryptocognitieve interpretatie betrekking heeft op de *afwezigheid van het verboden gevolg* (niet- $\Phi$ ). In de tweede plaats geldt dat de echte cognitieve interpretatie betrekking heeft op een *overtuigingsgraad* (bewustheid van een aanmerkelijke kans), terwijl de cryptocognitieve interpretatie betrekking heeft op een *volledige overtuiging* (‘rekenen op’; ‘uitgaan van’).

Om de echte en de cryptocognitieve interpretatie goed met elkaar te kunnen vergelijken, verdient het aanbeveling gebruik te maken van een en dezelfde vergelijkingsmaatstaf. Ik opteer daarbij voor de *overtuigingsgraad* met betrekking tot het *verboden gevolg*. Dat brengt mee dat de volgende vraag beantwoord dient te worden: levert overtuigingsgraad  $x$  ten aanzien van het gevolg opzet op volgens de echte dan wel de cryptocognitieve interpretatie? Aangezien de echte cognitieve interpretatie reeds in de vorm van een overtuigingsgraad met betrekking tot het verboden gevolg is geformuleerd, blijft de vraag over hoe de cryptocognitieve uitdrukkingen moeten worden vertaald. Het gaat daarbij om de uitdrukkingen ‘erop rekenen dat een en ander wel goed zal aflopen’ (Porsche-arrest) en ‘ervan uitgaan dat het gevolg niet zal intreden’ (Hiv-arrest I).

Het omdraaien van de polariteit van niet- $\Phi$  naar  $\Phi$  is gemakkelijk. ‘Erop rekenen dat niet- $\Phi$ ’ wordt geconverteerd in ‘niet erop rekenen dat  $\Phi$ ’ en ‘er-

<sup>352</sup> In het vervolg van dit hoofdstuk duid ik de cognitieve interpretatie van de cognitieve component veelal aan als ‘expliciete bewustheid’, zodat duidelijk uitkomt dat dit onderscheiden moet worden van de ‘onbewuste bewustheid’ die volstaat in de waarschijnlijk door de Hoge Raad aangehangen volitieve interpretatie van de cognitieve component (zie paragraaf 5.4.3).

<sup>353</sup> Als het op onbewust niveau ervan uitgaan dat het gevolg niet zal intreden namelijk de volitieve component zou aantasten, dan is moeilijk in te zien waarom de onbewuste wetenschap van de aanmerkelijke kans die is vereist voor de cognitieve component wel aanwezig zou worden geacht. Als de cognitieve component betrekking heeft op onbewuste wetenschap, terwijl de volitieve component betrekking heeft op expliciete wetenschap, dan is er geen contradictie tussen het enerzijds weten en het anderzijds niet weten. Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 426.

van uitgaan dat niet- $\Phi$ ' wordt geconverteerd in 'niet ervan uitgaan dat  $\Phi$ '. Vervolgens is het de vraag hoe de absoluut getoonzette uitdrukkingen in een overtuigingsgraad moeten worden geconverteerd. Strikt genomen zouden deze uitdrukkingen geconverteerd moeten worden in een overtuigingsgraad van 0 met betrekking tot  $\Phi$ . In het spraakgebruik is het echter niet ongebruikelijk dat absoluut getoonzette cognitieve uitdrukkingen zoals 'verwachten dat niet- $\Phi$ ' of 'niet verwachten dat  $\Phi$ ' ook verwijzen naar overtuigingsgraden ten aanzien van  $\Phi$  die hoger dan 0 zijn.<sup>354</sup> Het is niet ongebruikelijk 'ik verwacht niet dat het gaat regenen' of 'ik verwacht dat het niet gaat regenen' te zeggen als men zich wel bewust is van een kans op regen. De voor de cryptocognitieve interpretatie te beantwoorden vraag is wat de hoogste overtuigingsgraad is waarbij nog gezegd kan worden dat de actor ervan uitging dat het gevolg niet zou intreden.

### 5.5.3 Twee mogelijke verschillen

Om de twee interpretaties met elkaar te kunnen vergelijken, moet de volgende vraag worden beantwoord: levert overtuigingsgraad  $x$  ten aanzien van het gevolg opzet op volgens de echte dan wel de cryptocognitieve interpretatie? Voor het antwoord op die vraag zijn twee variabelen van belang. Voor de echte cognitieve interpretatie is van belang wat de laagste overtuigingsgraad is waarbij nog gesproken kan worden van 'expliciete bewustheid van een aanmerkelijke kans dat  $\Phi$ '. Voor de cryptocognitieve interpretatie is van belang wat de hoogste overtuigingsgraad is waarbij nog gesproken kan worden van 'ervan uitgaan dat niet- $\Phi$ '.

Voor beide variabelen geldt dat het niet duidelijk is hoe ze geïnterpreteerd moeten worden. In paragraaf 3.5 is besproken dat het niet duidelijk is waar de ondergrens van het los van het gevolg te beoordelen begrip 'aanmerkelijke kans' ligt.<sup>355</sup> Het is evenmin duidelijk bij welke overtuigingsgraad het taalkundig gezien nog acceptabel is om 'ervan uitgaan dat niet- $\Phi$ ' te zeggen. Hieronder worden twee scenario's besproken. In het eerste scenario wordt uitgegaan van een lage ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans', terwijl in het tweede scenario wordt uitgegaan van een hoge ondergrens. In beide gevallen wordt er arguendo van uitgegaan dat bij een overtuigingsgraad van 35 procent of lager nog gesproken kan worden van 'ervan uitgaan dat niet- $\Phi$ '.

<sup>354</sup> Hetzelfde fenomeen doet zich voor in de hogere regionen van de overtuigingsgraad. In landen waar het van belang is het concept zekerheidsopzet ('knowingly') te omlijnen wordt geen absolute zekerheid vereist, maar wordt genoeg genomen met een grote mate van zekerheid ('practical certainty' of 'virtual certainty'). Vgl. Kugler 2002, 'Direct and oblique intention in the criminal law: an inquiry into degrees of blameworthiness', p. 12-15 en Blomsma 2012, '*Mens rea* and defences in European criminal law', p. 72-73. Zie ook paragraaf 5.2.3.

<sup>355</sup> Zie ook paragraaf 7.4 over de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans'.

*Eerste scenario.* Het is mogelijk dat een overtuigingsgraad  $x$  enerzijds beschouwd kan worden als 'expliciete bewustheid van een aanmerkelijke kans dat  $\Phi$ ', terwijl deze overtuigingsgraad anderzijds aangeduid kan worden als 'ervan uitgaan dat niet- $\Phi$ '. Die mogelijkheid is met name reëel als sprake is van een lage ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans' (bijvoorbeeld 5 procent). In dat geval is er een verschil als de overtuigingsgraad  $x$  groter is dan of gelijk is aan 5 procent en kleiner is dan of gelijk is aan 35 procent. De echte cognitieve interpretatie beschouwt dit als opzet, omdat de actor heeft gehandeld ondanks de expliciete bewustheid van een aanmerkelijke kans. De cryptocognitieve interpretatie zou dit echter als bewuste schuld kunnen typeren.<sup>356</sup> De cognitieve component is vervuld op basis van onbewuste bewustheid van de aanmerkelijke kans. De volitieve component is echter aangetast, omdat de genoemde overtuigingsgraden zo laag zijn dat nog gezegd kan worden dat de actor ervan uitging dat het gevolg niet zou intreden.

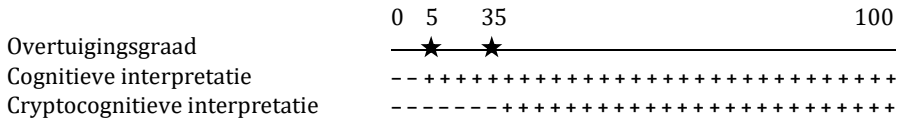
*Tweede scenario.* Het is mogelijk dat een overtuigingsgraad  $x$  enerzijds niet beschouwd kan worden als 'expliciete bewustheid van een aanmerkelijke kans dat  $\Phi$ ', terwijl deze overtuigingsgraad anderzijds niet aangeduid kan worden als 'ervan uitgaan dat niet- $\Phi$ '. Die mogelijkheid is met name reëel als sprake is van een hoge ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans' (bijvoorbeeld 60 procent). In dat geval is er een verschil als de overtuigingsgraad  $x$  groter is dan 35 procent en kleiner is dan 60 procent. De echte cognitieve interpretatie beschouwt dit als bewuste schuld, omdat de actor niet heeft gehandeld ondanks de expliciete bewustheid van een aanmerkelijke kans.<sup>357</sup> De cryptocognitieve interpretatie zou dit echter als opzet kunnen typeren. De cognitieve component is vervuld op basis van onbewuste bewustheid van de aanmerkelijke kans. De volitieve component is eveneens vervuld, omdat de genoemde overtuigingsgraden zo hoog zijn dat niet meer gezegd kan worden dat de actor ervan uitging dat het gevolg niet zou intreden.

De twee mogelijke verschillen worden tot uitdrukking gebracht in figuur 5.1 en 5.2. Op de schaal van de overtuigingsgraad is met een sterretje aangeduid dat de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans' op respectievelijk 5 procent (figuur 5.1) en 60 procent (figuur 5.2) is gesteld. Daarnaast is met een sterretje de bovengrens aangegeven waarbij, arguendo, nog gezegd kan worden dat de actor ervan uitging dat het gevolg niet zou intreden (35 procent). Onder de schaal voor de overtuigingsgraad wordt voor beide interpretaties met plussen en minnen aangeduid wanneer wel (plus) en niet (min) opzet wordt aangenomen. In de eerste figuur bestaat een verschil bij het volgende interval:  $5 \leq x \leq 35$ . In de tweede figuur bestaat een verschil bij het volgende interval:  $35 < x < 60$ .

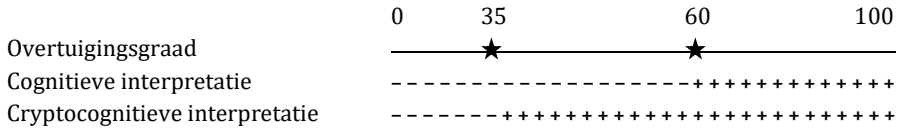
---

<sup>356</sup> Ervan uitgaande dat aan de andere normatieve randvoorwaarden van de schuld voldaan is.

<sup>357</sup> Ervan uitgaande dat aan de andere normatieve randvoorwaarden van de schuld voldaan is.



**Figuur 5.1** Verschil tussen cognitieve en cryptocognitieve interpretatie bij een lage ondergrens (5 procent)



**Figuur 5.2** Verschil tussen cognitieve en cryptocognitieve interpretatie bij een hoge ondergrens (60 procent)

### 5.5.4 Een pleidooi voor identieke interpretatie

De in de voorgaande paragraaf gekozen getallen maken inzichtelijk dat de twee interpretaties tot verschillende uitkomsten zouden kunnen leiden. Daarmee is uiteraard niet gezegd dat deze verschillen zich ook zouden moeten manifesteren. Het verschil tussen de interpretaties wordt bepaald door de laagste overtuigingsgraad waarbij nog gesproken kan worden van ‘expliciete bewustheid van een aanmerkelijke kans dat  $\Phi$ ’ en de hoogste overtuigingsgraad waarbij nog gesproken kan worden van ‘ervan uitgaan dat niet- $\Phi$ ’. Des te dichter deze twee variabelen bij elkaar liggen, des te minder verschil bestaat er tussen de twee interpretaties. Als de grens op hetzelfde punt wordt getrokken, dan bestaat zelfs geen enkel verschil meer tussen de beide interpretaties. Dat doet zich voor als niet meer gesproken kan worden van ‘ervan uitgaan dat niet- $\Phi$ ’ zodra de voorziene kans als ‘aanmerkelijk’ kan worden bestempeld (en vice versa). Het komt mij voor dat een dergelijke gelijkstelling niet op taalkundige bezwaren stuit.

Het gaat hier om een interpretatievraag waarbij twee onduidelijke variabelen een rol spelen. In de voorgaande paragraaf is inzichtelijk gemaakt dat verschillen kunnen optreden als beide vraagstukken onafhankelijk van elkaar worden benaderd. Het is echter de vraag of het juist is de vraagstukken zo te benaderen. Als men met mij van mening zou zijn dat de Hoge Raad gebruikmaakt van een (onduidelijk) criterium dat belangrijke overeenkomsten vertoont met een criterium dat gebruikt wordt in een legitieme doctrinaire stroming (de cognitieve opzetheorie), dan is het pleitbaar de interpretatie van de Hoge Raads criterium daarop af te stemmen.



Deze benadering brengt mee dat 'expliciete bewustheid van een aanmerkelijke kans dat  $\Phi$ ' nooit noopt tot het oordeel 'ervan uitgaan dat niet- $\Phi$ ' en dat 'expliciete bewustheid van een niet-aanmerkelijke kans dat  $\Phi$ ' altijd noopt tot het oordeel 'ervan uitgaan dat niet- $\Phi$ '. In dat geval leiden de echte cognitieve interpretatie en de cryptocognitieve interpretatie van bewuste schuld tot dezelfde uitkomst.<sup>358</sup> In beide gevallen leidt de afwezigheid van expliciete bewustheid van een aanmerkelijke kans tot negatie van het opzet. In het ene geval wordt zij geclassificeerd als 'niet weten' en in het andere geval wordt zij geclassificeerd als 'niet willen'.

## **5.6 Hoe is de cognitieve grens tot stand gekomen?**

### **5.6.1 Inleiding**

In deze paragraaf sta ik stil bij de vraag waarom de Hoge Raad geopteerd zou kunnen hebben voor de combinatie van onbewuste bewustheid (cognitieve component) en cryptocognitivism (volitieve component). Ik werp twee hypothesen op. In paragraaf 5.6.2 bespreek ik de hypothese dat de Hoge Raad getracht heeft een interpretatie die in feite strookt met de cognitieve opzettheorie te gieten in een mal die ontleend is aan de volitieve opzettheorie. In paragraaf 5.6.3 beproef ik de hypothese dat de Hoge Raad inspiratie heeft ontleend aan Duitse rechtspraak, maar dat de vertaling naar het Nederlandse recht op minder gelukkige wijze heeft plaatsgevonden.

### **5.6.2 Eerste hypothese: de Hoge Raad hinkt op twee theorieën**

De eerste hypothese behelst dat de Hoge Raad enerzijds gegijzeld wordt door de klassieke, aan de volitieve opzettheorie ontleende opvatting dat het onderscheid tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld uitsluitend scharniert om de volitieve component. Anderzijds houdt de hypothese in dat de Hoge Raad niet bereid is de grens tussen opzet en schuld daadwerkelijk op volitieve wijze te trekken. In paragraaf 4.7 heb ik uiteengezet welke bezwaren vanuit een cognitief perspectief opgeworpen zouden kunnen worden tegen een echt

---

<sup>358</sup> Daarbij wordt ervan uitgegaan dat de volitieve interpretatie van de cognitieve component (onbewuste bewustheid van de aanmerkelijke kans) niet voor verschillen zal zorgen. Als geen sprake is van expliciete bewustheid van een aanmerkelijke kans, dan leidt dat tot aantasting van de cognitieve component in de cognitieve interpretatie en tot aantasting van de volitieve component in de volitieve, cryptocognitieve interpretatie. In beide gevallen wordt dan geen opzet aangenomen. Als wel sprake is van expliciete bewustheid van een aanmerkelijke kans, dan is de cognitieve component in de cognitieve interpretatie vervuld. Hetzelfde heeft te gelden voor de volitieve interpretatie, omdat in die benadering onbewuste wetenschap reeds volstaat. Aangezien de volitieve component in beide interpretaties ook vervuld is, leiden beide interpretaties tot het aannemen van opzet.

volitieve grens. Daar is besproken waarom 'willen' volgens de cognitieve theorie noodzakelijkerwijs volgt uit 'weten' (afhankelijkheidsthese). De essentie van de afhankelijkheidsthese wordt hieronder kort herhaald.

De afhankelijkheidsthese kan goed geduid worden aan de hand van de kans-integratietheorie. De theorie maakt inzichtelijk dat de aanmerkelijke kans op het gevolg deel uitmaakt van een optie die wenselijker is dan (of ten minste net zo wenselijk is als) welke andere optie dan ook. Het feit dat de actor geen optie heeft met een hogere wenselijkheidsgraad wordt noodzakelijkerwijs als 'willen' bestempeld. Het kan zich uiteraard voordoen dat de actor hoopt dat het gevolg niet plaats zal vinden. Aangezien deze hoop de actor er niet toe aanzet een andere keuze te maken, kan echter niet gesproken worden van 'niet willen'. Het hopen wordt gezien als een vrijblijvende manifestatie van de waarderingsact, aangezien de hoop niet wordt vertaald in een gedraging.

De volitieve opzettheorie verwerpt de bovenbeschreven afhankelijkheidsthese echter. In deze opvatting kunnen 'weten' en 'willen' uiteenlopen. 'Weten' en 'toch doen' leveren niet noodzakelijkerwijs 'willen doen' op. Dat kan op de volgende wijze geïllustreerd worden:

1. De actor beschikt over expliciete bewustheid van een aanmerkelijke kans dat optie A zal leiden tot  $\Phi$ .
2. De actor kiest voor optie A.
3. Echter, de volitieve component ten aanzien van  $\Phi$  is niet vervuld.

Deze uitkomst kan daadwerkelijk op volitieve wijze worden bewerkstelligd door rechtstreeks acht te slaan op de waarderingsgraad ten aanzien van het gevolg. Dat kan geïllustreerd worden aan de hand van een eerder besproken voorbeeld waarbij een gezochte crimineel die een stopteken krijgt voor de keus staat te ontsnappen door in te rijden op de agent of zich te laten arresteren.<sup>359</sup> Hoewel de bestuurster ervoor kiest door te rijden, hoopt ze uit alle macht dat de agent niet gedood zal worden. Deze hoop komt tot uitdrukking in een zeer negatieve waarderingsgraad ten aanzien van het doden van de agent tijdens de ontsnapping. Als de volitieve component aangetast wordt door deze negatieve waarderingsgraad, dan is sprake van een grens tussen opzet en schuld die echt volitief van aard is.

Het is ook mogelijk een volitieve grens te bewerkstelligen door gebruik te maken van de in paragraaf 5.3.3 besproken voorspelde voorwaardelijke wenselijkheid. Als de mogelijkheid dat de agent de dood vindt zeer negatief door haar gewaardeerd wordt, dan zou ze zeer waarschijnlijk niet handelen bij zekerheid. Dat zou alleen anders zijn als de optie om niet te ontsnappen extreem negatief gewaardeerd wordt ('liever iemand doden dan gearresteerd worden'). De voorspelde voorwaardelijke wenselijkheid zorgt ook voor een

---

<sup>359</sup> Zie paragraaf 4.7.

echt volitieve grens, omdat de bereidheid te handelen onder de contrafactische voorwaarde van zekerheid wordt getaxeerd.<sup>360</sup> Dat betekent dat de volitieve component niet afhangt van de daadwerkelijke voorstelling van de actor.

Na deze herhaling van de cognitieve en volitieve visie op de relatie tussen 'weten' en 'willen', keer ik terug naar het duiden van de visie van de Hoge Raad. Het valt naar mijn mening niet uit te sluiten dat de Hoge Raad hinkt op twee theorieën. Dat zou betekenen dat de Hoge Raad het enerzijds eens is met de cognitieve opzettheorie dat hoop die niet tot uitdrukking komt in handelen niet tot aantasting van de volitieve component zou moeten leiden. Anderzijds wil de Hoge Raad echter vasthouden aan de klassieke, aan de volitieve opzettheorie ontleende opvatting dat het onderscheid tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld uitsluitend scharniert om de volitieve component.

Deze stand van zaken leidt tot een dilemma. Het is niet mogelijk een 'hopeloos' onderscheid tussen opzet en schuld te bewerkstelligen als expliciete bewustheid van een aanmerkelijke kans als criterium voor de cognitieve component functioneert. De combinatie van onbewuste bewustheid en cryptocognitivisme creëert een uitweg uit het dilemma. Als *onbewuste bewustheid* van een aanmerkelijke kans als criterium voor de cognitieve component functioneert, dan is het nog steeds mogelijk om *expliciete bewustheid* als criterium voor de volitieve component te gebruiken. Dat brengt mee dat het verschil tussen opzet en schuld nog steeds exclusief kan scharnieren om de volitieve component. Expliciete bewustheid van een aanmerkelijke kans wordt getypeerd als 'willen', terwijl de afwezigheid daarvan wordt getypeerd als 'niet willen'.

### 5.6.3 Tweede hypothese: een minder gelukkige vertaling

De zojuist besproken hypothese gaat ervan uit dat de Hoge Raad met opzet heeft geopteerd voor een cognitieve grens. De nu te bespreken hypothese heeft daarentegen als uitgangspunt dat de Hoge Raad helemaal niet bedoeld heeft een cognitieve grens in het leven te roepen. De hypothese behelst dat de Hoge Raad inspiratie heeft ontleend aan Duitse rechtspraak, maar dat de vertaling naar het Nederlandse recht op minder gelukkige wijze heeft plaatsgevonden.

Machielse merkt bij het bespreken van de grens tussen opzet en schuld op dat de overwegingen uit het Porsche-arrest demonstreren dat de Hoge Raad een serieuze betekenis wil toekennen aan de wilscomponent in het voorwaardelijk opzet.<sup>361</sup> Vervolgens stelt hij dat het er – gelet op de termino-

---

<sup>360</sup> Daarnaast zou acht geslagen kunnen worden op de in paragraaf 5.3.2 besproken voorgestelde voorwaardelijke wenselijkheid, waarbij als eis wordt gesteld dat de bereidheid tot handelen bij zekerheid daadwerkelijk door de actor is voorgesteld. Het ligt over het algemeen echter niet zo voor de hand dat de actor zich zou wagen aan een dergelijk gedachte-experiment.

<sup>361</sup> Machielse 2016, aantekening 5.3.3 over 'opzet' (NLR).

logie waarvan de Hoge Raad zich in het arrest heeft bediend – alle schijn van heeft dat de Hoge Raad te rade is gegaan bij Duitse opvattingen over het voorwaardelijk opzet. Hij verwijst in dat verband naar Bundesgerichtshof 20 november 1986, NStZ 1987, 362. Het Bundesgerichtshof omschrijft het onderscheid tussen bewuste schuld en voorwaardelijk opzet daar als volgt:

“Beide Schuldformen unterscheiden sich lediglich darin, daß der bewußt fahrlässig Handelnde mit der als möglich erkannten Folge nicht einverstanden ist und deshalb auf ihren Nichteintritt vertraut, während der bedingt vorsätzlich Handelnde mit dem Eintreten des schädlichen Erfolges in der Weise einverstanden ist, daß er ihn billigend in Kauf nimmt oder daß er sich wenigstens mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet (...).”

In deze passage wordt het voorwaardelijk opzet omlijnd met de op het verboden gevolg betrekking hebbende uitdrukkingen ‘einverstanden sein’, ‘billigend in Kauf nehmen’ en ‘sich abfinden mit’. Bij het omlijnen van de bewuste schuld wordt de eerstgenoemde uitdrukking in ontkennende zin op het verboden gevolg betrokken (‘nicht einverstanden sein’). Deze uitdrukking wordt vervolgens nader gespecificeerd (‘deshalb’) door de uitdrukking ‘vertrauen auf’ te betrekken op het niet intreden van het verboden gevolg. Later in de uitspraak wordt deze uitdrukking in iets sterkere zin gebruikt bij het duiden van de zaak in kwestie:

“In einem solchen Falle kann sie ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut haben, den W durch die Betätigung des Abzugs des Gewehrs nicht zu verletzen, sondern nur zu erschrecken; dann würde sie insoweit nur fahrlässig gehandelt haben.”<sup>362</sup>

Het is de vraag hoe volitief of cognitief de door het Bundesgerichtshof gebruikte uitdrukkingen zijn. In de eerste plaats staat buiten kijf dat het Bundesgerichtshof volitieve uitdrukkingen gebruikt om voorwaardelijk opzet te omlijnen (‘einverstanden sein’; ‘billigend in Kauf nehmen’; ‘sich abfinden mit’). In de tweede plaats kan geconstateerd worden dat het Bundesgerichtshof eveneens een volitieve uitdrukking gebruikt om de bewuste schuld te omschrijven (‘nicht einverstanden sein’). In de derde plaats geldt dat de uitdrukkingen die het Bundesgerichtshof gebruikt om deze toestand nader te duiden (‘vertrauen auf’; ‘ernsthaft und nicht nur vage darauf vertrauen’) zowel cognitief als volitief van aard zijn. De uitdrukkingen zijn alleen van toepassing als de actor enerzijds (echt) verwacht dat een gevolg niet zal intreden (cognitief), terwijl hij anderzijds het niet intreden van het gevolg positief waardeert (voli-

<sup>362</sup> In de voor het opzet belangrijke uitspraak Bundesgerichtshof 22 maart 2012, NStZ 2012, 384 relateert het Bundesgerichtshof deze standaard expliciet aan de afwezigheid van de volitieve component: “wenn er trotz erkannter objektiver Gefährlichkeit der Tat ernsthaft und nicht nur vage auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolges vertraut (Fehlen des Willenselements).” Zie ook paragraaf 8.5.4.2.g.

tief).<sup>363</sup> Al met al kan geconcludeerd worden dat het volitieve aspect sterk benadrukt wordt in deze Duitse uitspraak. Hieronder vergelijk ik deze uitspraak met de Nederlandse rechtspraak op basis van de drie hier besproken punten.

Het eerste punt van vergelijking betreft de omschrijving van voorwaardelijk opzet. De uitdrukkingen die de Hoge Raad in het Porsche-arrest gebruikt om voorwaardelijk opzet te omlijnen ('aanvaarden'; 'op de koop toenemen'; 'zich blootstellen aan') vertonen sterke overeenkomst met de uitdrukkingen die door het Bundesgerichtshof worden gebruikt ('einverstanden sein'; 'billigend in Kauf nehmen'; 'sich abfinden mit'). In Hiv-arrest I gebruikt de Hoge Raad dezelfde uitdrukkingen voor voorwaardelijk opzet. De conclusie kan zijn dat op dit punt geen relevant verschil bestaat tussen de Duitse uitspraak en de Nederlandse rechtspraak.

Het tweede punt van vergelijking betreft de omschrijving van bewuste schuld. Hierboven kwam naar voren dat het Bundesgerichtshof een volitieve uitdrukking gebruikt om de bewuste schuld te omschrijven ('nicht einverstanden sein'). Geconstateerd kan worden dat de Hoge Raad in het Porsche-arrest heeft nagelaten een dergelijke volitieve omschrijving te geven. Ook in Hiv-arrest I zoekt men tevergeefs naar een volitieve omschrijving van bewuste schuld.

Het derde punt van vergelijking betreft de nadere specificatie van bewuste schuld. Hierboven bleek dat het Bundesgerichtshof daarvoor uitdrukkingen gebruikt die zowel cognitief als volitief van aard zijn ('vertrauen auf'; 'ernsthaft und nicht nur vage darauf vertrauen'). De Hoge Raad gebruikt in het Porsche-arrest een uitdrukking die daarmee weliswaar vergelijkbaar is, maar die iets cognitiever van aard is ('rekenen op').<sup>364</sup> Bij de toepassing van het leerstuk op de verdachte wordt vervolgens gebruikgemaakt van de volledig cognitieve uitdrukkingen 'voorstelling' en 'verwachting'. In Hiv-arrest I ten slotte, maakt de Hoge Raad bij het omlijnen van opzet geen gebruik meer van de nog enigszins volitieve uitdrukking 'rekenen op'. In plaats daarvan maakt hij gebruik van de volledig cognitieve uitdrukking 'uitgaan van'.<sup>365</sup>

---

<sup>363</sup> Vgl. Kenny 1978, 'Freewill and responsibility', p. 46 over geestesgesteldheden die zowel volitief als cognitief van aard zijn. Een Duits synoniemenwoordenboek (Woxikon Online Synonym-Wörterbuch) noemt de primair volitieve uitdrukking 'erhoffen' en de volledig cognitieve uitdrukking 'erwarten' als synoniemen van 'vertrauen auf'.

<sup>364</sup> De term 'rekenen op' brengt iets minder sterk tot uitdrukking dan de term 'vertrouwen op' (de letterlijke vertaling van 'vertrauen auf') dat het object van de term positief wordt gewaardeerd. Men kan bijvoorbeeld zeggen: 'we rekenen op twintig deelnemers.' Vgl. Dikke Van Dale 2016 onder 'rekenen op'. Dat heeft een iets neutralere betekenis dan de zin: 'we vertrouwen erop dat er twintig deelnemers zijn.'

<sup>365</sup> De term 'uitgaan van' kan ook gebruikt worden als het object van de term negatief wordt gewaardeerd. Men kan bijvoorbeeld zeggen: 'ik ga ervan uit dat ik deze verschrikkelijke ziekte niet overleef.' De term 'vertrouwen op' (de letterlijke vertaling van 'vertrauen auf') kan niet in die zin gebruikt worden, omdat de term impliceert dat het object van de term positief wordt gewaardeerd.

Het kan niet uitgesloten worden dat pogingen om aansluiting te zoeken bij Duitse rechtspraak niet helemaal gelukkig hebben uitgepakt. Volgens deze hypothese heeft de Hoge Raad in de eerste plaats nagelaten een volitieve omschrijving van bewuste schuld te geven. In de tweede plaats heeft de nadere specificatie van de bewuste schuld haar volitieve betekenis verloren door het vertaalproces en het substitueren door imperfecte synoniemen. De behoorlijk volitieve uitdrukking 'vertrauen auf' is via de minder volitieve uitdrukking 'rekenen op' getransformeerd in de volledig cognitieve uitdrukking 'uitgaan van'. Op deze wijze is de volitieve kleur in twee stappen verdwenen.

Als de bovenstaande speculaties juist zijn, dan is het de bedoeling geweest om een volitieve interpretatie van opzet te bewerkstelligen. In die benadering wordt de volitieve component niet in alle gevallen waarin de actor verwacht dat een gevolg niet zal intreden, aangetast. Als de actor het gevolg positief waardeert of er indifferent tegenover staat, dan zou nog steeds van opzet kunnen worden gesproken. In dat geval kan immers niet gezegd worden dat de actor *vertrouwt op* het uitblijven van het gevolg.

Het verdient opmerking dat het transplanteren van een Duits criterium naar het Nederlandse systeem niet zonder bezwaren is. Het is daarbij van belang te wijzen op een belangrijk verschil tussen het Duitse en het Nederlandse begrip voorwaardelijk opzet. In het Nederlandse strafrecht heeft de cognitieve component betrekking op een 'aanmerkelijke kans'. In het Duitse strafrecht dient de actor het gevolg echter slechts als 'mogelijk en niet geheel onwaarschijnlijk' te onderkennen.<sup>366</sup> Dit verschil kan belangrijke consequenties hebben voor de ondergrens van het opzet.

Laten we arguendo aannemen dat in het Duitse strafrecht een overtuigingsgraad van 0,01 (1 procent) volstaat, terwijl in het Nederlandse strafrecht ten minste een overtuigingsgraad van 0,30 (30 procent) is vereist. Het komt mij voor dat handelen ondanks bewustheid van een 1 procent kans op een slecht gevolg (een stuk) minder verwijtbaar is dan handelen ondanks bewustheid van een 30 procent kans op een slecht gevolg (*ceteris paribus*).<sup>367</sup> Het is goed denkbaar dat het handelen ondanks een overtuigingsgraad van 0,01 op zichzelf beschouwd onvoldoende verwijtbaar is om opgevat te worden

<sup>366</sup> Zie bijv. Bundesgerichtshof 22 maart 2012, NStZ 2012, 384: "Bedingt vorsätzliches Handeln setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt (...)." Blomsma 2012, 'Mens rea and defences in European criminal law', p. 105 stelt in dat verband: "there is hardly any threshold as to probability in German criminal law."

<sup>367</sup> De interpretatie van opzet houdt slechts verband met *prima facie* verwijtbaarheid, aangezien rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden los van het opzet worden beoordeeld. Daarom is het object van het opzet hier omschreven als een 'slecht gevolg'. Dat brengt mee dat de rechtvaardigingsgronden al uit deze vergelijking zijn gefilterd. Zie ook de laatste alinea van paragraaf 4.7 over het verband tussen handelen ondanks een hoge overtuigingsgraad en indifferentie.

als opzet in strafrechtelijke zin. Tegen deze achtergrond kan het in de rede liggen aanvullende eisen ten aanzien van de volitieve component te stellen.<sup>368</sup>

Een dergelijke gedachtegang ligt minder voor de hand in het Nederlandse strafrecht. Ik kan mij moeilijk voorstellen dat handelen ondanks een overtuigingsgraad van 0,30 ten aanzien van een slecht gevolg onvoldoende verwijtbaar zou worden geacht om dit als strafrechtelijk opzet op te vatten. Dat is in nog sterkere mate het geval als een hogere subjectieve kans vereist zou zijn om de drempel van de ‘aanmerkelijke kans’ te bereiken. In dat verband kan opgemerkt worden dat het spraakgebruik veeleer duidt op een minimale kansgrootte die boven de 50 procent ligt.<sup>369</sup> In paragraaf 7.4 zal ik, naar aanleiding van een door mij gehouden empirisch onderzoek onder praktijkjuristen, bepleiten de ondergrens op 50 procent te stellen. Alles overziend verdient het dus niet zonder meer aanbeveling een uit het Duitse recht afkomstig criterium te transplanteren naar het Nederlandse recht. Als reeds hoge eisen worden gesteld aan de cognitieve component, dan bestaat minder noodzaak aanvullende eisen te stellen aan de volitieve component.

Tot besluit van deze paragraaf wil ik een interpretatiekwestie aan bod stellen. Wat als de gemeenschappelijke wil van de raadsheren die betrokken waren bij het Porsche-arrest dan wel Hiv-arrest I het best geduid kan worden als gericht zijnde op een echt volitieve grens?<sup>370</sup> En wat als de gemeenschappelijke wil van de huidige samenstelling van de strafkamer het best geduid kan worden als gericht zijnde op een echt volitieve grens? Zou de gemeenschappelijke wil van de vroegere dan wel huidige Hoge Raad moeten leiden tot bijstelling van de conclusie die ik in paragraaf 5.5 heb verdedigd? In die paragraaf heb ik betoogd dat de echte cognitieve interpretatie en de cryptocognitieve interpretatie tot (vrijwel) dezelfde uitkomst leiden. De grens tussen opzet en schuld wordt linksom of rechtsom op cognitieve wijze afgebakend.

Ik meen dat deze conclusie niet voor bijstelling in aanmerking komt. Het gaat niet aan om op basis van een veronderstelde gemeenschappelijke wil van de Hoge Raad een betekenis aan woorden toe te kennen die op gespannen voet staat met het spraakgebruik.<sup>371</sup> Het toekennen van een volitieve betekenis aan termen die taalkundig gezien evident een cognitieve betekenis hebben, gaat te ver. Dat is al helemaal het geval tegen de achtergrond van de zojuist aangestipte omstandigheid dat een werkelijk volitieve grens minder goed past in het Nederlandse systeem. Zolang de Hoge Raad gebruik blijft maken van

---

<sup>368</sup> Vgl. Machielse 2016, aantekening 5.3.5 over ‘opzet’ (NLR). Machielses opvatting over dit thema is besproken in paragraaf 5.2.3.

<sup>369</sup> Zie de in paragraaf 7.4 besproken empirische onderzoeken waarin de relatie tussen verbale en numerieke kansuitdrukkingen is onderzocht.

<sup>370</sup> Vgl. Marmor 1992, ‘Interpretation and legal theory’, p. 159-165 met betrekking tot ‘shared intentions’. Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 221-222 over het construeren van de wil van de wetgever.

<sup>371</sup> Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 326-330 over de tekstualistische interpretatiemethode.

cognitieve termen om het opzet te omlijnen, dient het opzet op cognitieve wijze geïnterpreteerd te worden.

## 5.7 Een pleidooi tegen humpty dumptyïsme

"I maintain that any writer of a book is fully authorised in attaching any meaning he likes to any word or phrase he intends to use. If I find an author saying, at the beginning of his book, 'Let it be understood that by the word *black* I shall always mean *white*, and that by the word *white* I shall always mean *black*,' I meekly accept his ruling, however injudicious I may think it."<sup>372</sup> – Lewis Carroll

Lewis Carroll was niet alleen een schrijver, maar ook een logicus. Het bovenstaande citaat is afkomstig uit een aan de logica gewijd boek. In zijn literaire werk creëerde Carroll een eivormig schepsel dat luistert naar de naam Humpty Dumpty. Ook Humpty Dumpty schuwt er niet voor terug een andere betekenis aan woorden toe te kennen dan gebruikelijk is. Humpty Dumpty merkt op enig moment het volgende op: "When I use a word (...) it means just what I choose it to mean – neither more nor less."<sup>373</sup>

De cryptocognitieve benadering die te ontwaren valt bij de Hoge Raad (en bij veel auteurs) kan goed tegen deze achtergrond worden geplaatst. Het bestempelen van een cognitieve grens als volitief of het aanwenden van cognitieve uitdrukkingen om een volitieve grens aan te duiden is als het gebruiken van het woord 'zwart' om 'wit' aan te duiden en vice versa. Het juridische begrip opzet heeft – op welke wijze het ook wordt geïnterpreteerd – hoe dan ook een betekenis die behoorlijk afwijkt van de betekenis die in het spraakgebruik aan het begrip wordt toegekend. Het is aan de Hoge Raad, rechtswetenschappers en docenten om de betekenis van dit begrip uit te leggen aan praktijkjuristen, studenten en burgers. Er kunnen valide redenen zijn om een bijzondere, van het spraakgebruik afwijkende betekenis toe te kennen aan het juridische begrip opzet.<sup>374</sup> Het valt echter niet te rechtvaardigen om een bijzondere, van het spraakgebruik afwijkende betekenis toe te kennen aan de woorden die gebruikt worden om het begrip nader te omschrijven.

Ik meen dat de Hoge Raad er goed aan zou doen geen twee nesten warm te houden. Indien de Hoge Raad het eens is met de cognitieve opzetttheorie, dan moet hij niet de indruk wekken dat er een volitieve grens tussen opzet en

<sup>372</sup> Carroll 1958, 'Symbolic logic and the game of logic', p. 166.

<sup>373</sup> Carroll 1971, 'Alice's adventures in Wonderland and through the looking-glass and what Alice found there', p. 190.

<sup>374</sup> Het toekennen van een veel ruimere betekenis aan opzet dan daaraan wordt toegekend in het spraakgebruik hoeft geen strijd op te leveren met het legaliteitsbeginsel. Om hun gedrag af te kunnen stemmen op de strafwet hoeven burgers in beginsel niet precies te weten hoe opzet wordt geïnterpreteerd. Het begrip opzet richt zich – anders dan de gedragsregels in het strafrecht – primair tot de rechter. Vgl. Robinson 2005, 'Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality'.



schuld is. Indien de Hoge Raad het echter eens is met de volitieve opzettingtheorie, dan moet hij geen cognitieve uitdrukkingen gebruiken om de grens aan te duiden. Beide manifestaties van humpty dumptyisme bergen het gevaar in zich dat opzet op andere wijze opgevat zal worden dan is beoogd.

## Hoofdstuk 6

# Doodslag in het verkeer in de praktijk

### 6.1 Inleiding

Het Porsche-arrest werd op 15 oktober 1996 door de Hoge Raad gewezen.<sup>375</sup> Het beeld dat uit de eerste analyses van het arrest naar voren komt, is dat de Hoge Raad een stevige barrière had opgeworpen voor een succesvolle vervolging van zeer gevaarlijk verkeersgedrag ter zake van opzetdelicten.<sup>376</sup> Dat gold in de eerste plaats voor gevallen waarin de verdachte ook zelf een bepaald risico had gelopen. De indruk bestond dat een veroordeling in dergelijke gevallen in feite onmogelijk was.<sup>377</sup> Maar ook het bewijzen van opzet in andere gevallen werd lastig geacht. De psychologische insteek die de Hoge Raad tot uitgangspunt had genomen, maakte het volgens de analyses bijzonder lastig om gevaarlijk verkeersgedrag te vertalen in opzet.<sup>378</sup>

De uitspraak van het Hof Arnhem, waarnaar de Porschezaak is verwezen, past in het beeld dat uit de analyses naar voren kwam. Het Hof liet blijken dat het geen ruimte zag om binnen de door de Hoge Raad gestelde grenzen te komen tot een veroordeling wegens doodslag. Het Hof overwoog als volgt:

“[De Hoge raad heeft] ten aanzien van het bewijs van voorwaardelijk opzet in dergelijke gevallen een nadere motiveringseis gesteld. In het bijzonder heeft de Hoge Raad de aandacht gevestigd op het voor het aannemen van voorwaardelijk opzet te stellen vereiste dat de verdachte zich van het door hem in het leven geroepen risico bewust moet zijn geweest en de aanmerkelijke kans op de fatale afloop welbewust heeft aanvaard en op de koop toegenomen. Het moet een werkelijke en dus subjectieve bewustheid zijn, zij het dat die subjectieve bewustheid, als de verdachte niet bekend, niet anders dan uit objectieve omstandigheden kan (en ook mag) worden afgeleid.

De Hoge Raad heeft de eis gesteld dat, als de feitelijke rechter in een geval als dit tot voorwaardelijk opzet concludeert, die conclusie in het licht van die algemene onwaarschijnlijkheid en van die bijzondere omstandighe-

---

<sup>375</sup> HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199. Het arrest is uitgebreid besproken in paragraaf 3.6.

<sup>376</sup> Zie noot 't Hart onder HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199; noot Dijkstra onder HR 15 oktober 1996, VR 1997, 160; De Hullu 1997, 'Opzet en schuld in het verkeer'; Wedzinga 1997, 'Voorwaardelijk opzet is geen smeermiddel'; en Otte 2001, 'Opzet en schuld in het verkeer'.

<sup>377</sup> Zie m.n. De Hullu 1997, 'Opzet en schuld in het verkeer' en Wedzinga 1997, 'Voorwaardelijk opzet is geen smeermiddel'.

<sup>378</sup> Zie m.n. De Hullu 1997, 'Opzet en schuld in het verkeer' en Otte 2001, 'Opzet en schuld in het verkeer'.

den van dit geval nadere motivering vereist. Het hof is tot de conclusie gekomen dat het die nadere motivering niet kan geven. De vereiste bewustheid en aanvaarding van de aanmerkelijke kans kunnen niet bewezen worden. Er is sprake van bijzonder laakbaar verkeersgedrag en van een hoge mate van onvoorzichtigheid en onoplettendheid, maar dat levert nog geen opzet, zelfs geen voorwaardelijke opzet op.

Daar kan niet aan afdoen dat het wettelijke strafmaximum voor het subsidiair telastegelegde misdrijf van artikel 36 Wegenverkeerswet (oud) geen aan de maatschappelijke strafbehoefte beantwoordende bestraffing toelaat. Als het wettelijke strafmaximum geen adequate bestraffing mogelijk maakt, kan slechts aanpassing van dat wettelijke strafmaximum uitkomst bieden. De oplossing kan en mag niet gezocht worden in een oprekken van het begrip opzet.”<sup>379</sup>

Het Hof veroordeelde de verdachte voor het ten tijde van het feit nog geldende art. 36 WVV 1935, meermalen gepleegd. De maximale gevangenisstraf voor dood door schuld in het verkeer was één jaar zonder intoxicatie en drie jaar in het geval van intoxicatie.<sup>380</sup> In het geval van meerdaadse samenloop kon vier jaar opgelegd worden. Het Hof veroordeelde de verdachte tot een gevangenisstraf van drie jaar en acht maand en een ontzegging van de rijbevoegdheid van zes jaar. Het Hof kon in dit geval geen hogere gevangenisstraf opleggen, omdat het op voet van art. 63 Sr rekening moest houden met een eerder opgelegde voorwaardelijke straf van vier maand.

Het Hof wees er nadrukkelijk op dat het aan de wetgever was om een aan de maatschappelijke strafbehoefte beantwoordende bestraffing mogelijk te maken. Inmiddels had de wetgever zich reeds gebogen over de vraag of de maximumstraffen in de Wegenverkeerswet verhoogd moesten worden.<sup>381</sup> In 1998 werd het strafmaximum voor dood door schuld in het verkeer verhoogd van één naar drie jaar.<sup>382</sup> Bij intoxicatie, het weigeren mee te werken aan een alcoholonderzoek of indien het feit (mede) was veroorzaakt door een ernstige overschrijding van de maximumsnelheid kon een straf van negen jaar worden opgelegd. In het geval van meerdaadse samenloop kon een maximale gevangenisstraf van twaalf jaar worden opgelegd.

In 2006 is de Wegenverkeerswet opnieuw gewijzigd.<sup>383</sup> Art. 175 WVV krijgt nu de volgende structuur. Art. 175 lid 1 WVV bepaalt dat de maximale gevangenisstraf voor dood door schuld in het verkeer drie jaar betreft. Uit art. 175 lid 2 WVV volgt dat een gevangenisstraf van zes jaar kan worden opge-

---

<sup>379</sup> Hof Arnhem 10 maart 1997, VR 1997, 161. Ik heb ‘aanmerkelijk’ in het citaat weergegeven als ‘aanmerkelijke’.

<sup>380</sup> Het ten tijde van het wijzen van het arrest reeds geldende art. 6 WVV 1994 had dezelfde maximumstraffen.

<sup>381</sup> Zie hierover Robroek 2010, ‘Onbewuste culpa: een analyse van de ondergrens van strafrechtelijke aansprakelijkheid’, p. 24-27 en 55-56.

<sup>382</sup> Wet van 24 juni 1998, Stb. 1998, 375 (inwerkingtreding: 3 juli 1998).

<sup>383</sup> Zie o.a. Wet van 22 december 2005, Stb. 2006, 11 (inwerkingtreding: 1 februari 2006).

legd als sprake is van schuld die bestaat in roekeloosheid. Ten slotte wordt in art. 175 lid 3 bepaald dat de in lid 1 (gewone schuld) en lid 2 (roekeloosheid) genoemde straffen met de helft kunnen worden verhoogd als sprake is van een daar genoemde strafverzwarende grond. Naast de reeds bestaande gronden (intoxicatie, het weigeren mee te werken aan een alcoholonderzoek en de ernstige snelheidsovertreding) worden het zeer dicht achter een ander voertuig rijden, het niet verlenen van voorrang en het gevaarlijk inhalen als strafverzwarende grond bestempeld. In het geval van meerdaadse samenloop kunnen alle hier genoemde straffen nog met een derde worden verhoogd.

De wijziging van de Wegenverkeerswet heeft het een stuk gemakkelijker gemaakt om een aan de maatschappelijke strafbehoefte beantwoordende bestraffing te realiseren. Onder de huidige wet zou het aannemen van gewone schuld, een of meer strafverzwarende gronden en meerdaadse samenloop geen probleem opleveren in de Porschezaak. Op basis daarvan kan reeds een gevangenisstraf van zes jaar worden opgelegd. Een lastiger te beantwoorden vraag is of het gedrag van de bestuurder als roekeloos kan worden bestempeld. Volgens de nog niet zo lang geleden ingezette strenge lijn van de Hoge Raad zal dan moeten worden vastgesteld dat “door de buitengewoon onvoorzichtige gedraging van de verdachte een zeer ernstig gevaar in het leven is geroepen, alsmede dat de verdachte zich daarvan bewust was, althans had moeten zijn.”<sup>384</sup> Volgens de Hoge Raad zal van roekeloosheid slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zijn. Daarbij dient acht geslagen te worden op het “samenstel van gedragingen van de verdachte”.<sup>385</sup> Als de strafverzwarende grond roekeloosheid van toepassing zou worden geacht op de Porschezaak, dan is het mogelijk een gevangenisstraf van twaalf jaar op te leggen.

De wetswijziging heeft er in zekere zin voor gezorgd dat het niet meer nodig is de toevlucht te nemen tot een gemeen opzettelijk delict om tot een fikse strafoplegging te komen bij uiterst gevaarlijk verkeersgedrag. De moeilijk bewijsbare strafverzwarende grond roekeloosheid is daarvoor eigenlijk niet eens vereist. Een gevangenisstraf van vierenhalf jaar voor één feit en zes jaar voor meerdaadse samenloop is – in elk geval naar mijn mening – behoorlijk aan de maat voor een culpose gedraging. Het strafmaximum wordt in de praktijk dan ook zelden opgelegd. Het verdient echter opmerking dat art. 6 WvW alleen van toepassing is als het gevaarlijke gedrag tot ernstige consequenties heeft geleid.<sup>386</sup> Als gevaarlijk verkeersgedrag niet heeft geleid tot ernstige consequenties, dan is art. 5 WvW (het veroorzaken van gevaar op de weg) van toepassing. Art. 5 WvW is slechts een overtreding en kan maximaal worden bestraft met een hechtenis van twee maand.<sup>387</sup> Tegen deze achtergrond valt goed te begrijpen dat het Openbaar Ministerie ook na de wetswij-

<sup>384</sup> Zie bijv. HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:959.

<sup>385</sup> Zie bijv. HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:959; HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3620; en HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1656.

<sup>386</sup> Art. 6 WvW heeft betrekking op de dood, zwaar lichamelijk letsel en zodanig lichamelijk letsel dat daaruit tijdelijke ziekte of verhindering in de uitoefening van de normale bezigheden is ontstaan.

<sup>387</sup> Zie art. 177 en 178 WvW.

ziging de noodzaak is blijven voelen om in bepaalde gevallen een gemeen delict ten laste te leggen. Zeer gevaarlijk verkeersgedrag dat niet heeft geleid tot ernstige consequenties kan veel zwaarder worden bestraft als de actor veroordeeld wordt voor poging tot een gemeen opzetdelict.<sup>388</sup>

Uit de eerste analyses van het Porsche-arrest en uit het arrest van het Arnhemse Hof kwam het beeld naar voren dat de Hoge Raad een stevige barrière had opgeworpen voor een succesvolle vervolging van zeer gevaarlijk verkeersgedrag ter zake van opzetdelicten. Ongeveer twintig jaar na dato kan de conclusie worden getrokken dat dit beeld niet is bevestigd door de latere rechtspraak. Gaandeweg hebben meer en meer feitenrechters veroordeeld voor opzetdelicten. De Hoge Raad heeft bijna alle aan hem voorgelegde veroordelingen in stand gelaten. De Hoge Raad heeft echter geen afstand genomen van het Porsche-arrest.<sup>389</sup> Het lijkt erop dat een uitgebreidere motivering met betrekking tot de vraag waarom opzet bewezen wordt geacht, volstaat om cassatie te vermijden.

Dit zeer omvangrijke hoofdstuk staat in het teken van de rechtspraak die na het Porsche-arrest het licht heeft gezien. In het kader van dit onderzoeksproject heb ik de 'Database opzet in het verkeer' opgezet. Deze database, die online toegankelijk is, beoogt een overzicht te geven van alle gepubliceerde rechtspraak waarin opzetdelicten als doodslag, zware mishandeling, mishandeling of bedreiging zijn ten laste gelegd in verkeerszaken.<sup>390</sup> Al deze zaken zijn gecategoriseerd op basis van relevante kenmerken. De database kan als aanvulling worden gezien op de praktische analyse die in dit hoofdstuk wordt ondernomen. In dit hoofdstuk komt slechts een klein gedeelte van de in de database opgenomen jurisprudentie aan bod.

Het centrale doel van dit hoofdstuk is een analyse te bieden van gevallen waarin opzet op de dood in het verkeer wordt aangenomen. De analyse zal plaatsvinden aan de hand van een uitgebreide bespreking van een twintigtal voorbeeldzaken, die op hun beurt weer geplaatst zijn in zeven verschillende categorieën. Ik ga daarbij uit van de veronderstelling dat de feiten en omstandigheden van vrijwel alle besproken zaken ten grondslag gelegd zouden kunnen worden aan een cassatiebestendige bewezenverklaring van opzet op de dood. Dat betekent dat een feitenrechter de feiten en omstandigheden op zodanige wijze zou kunnen presenteren dat de Hoge Raad niet tot cassatie zou overgaan op basis van welk op het opzet toegesneden cassatiemiddel dan ook.<sup>391</sup> Het verdient opmerking dat negen van de besproken voorbeeldzaken

---

<sup>388</sup> In paragraaf 8.6.5.3 ga ik in op de vraag of iemand die door een verwijtbare gedraging de dood van een ander veroorzaakt meer straf verdient dan iemand wiens verwijtbare gedraging niet tot de dood van een ander leidt.

<sup>389</sup> Zie bijv. HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6631, NJ 2009, 111; HR 29 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4736, NJ 2010, 117; en HR 24 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:60.

<sup>390</sup> De database is online toegankelijk via <[www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research](http://www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research)>.

<sup>391</sup> Zie paragraaf 2.6.2.

het uiteindelijk tot de Hoge Raad hebben gebracht.<sup>392</sup> Al deze zaken zijn intact gelaten.

In hoofdstuk 2 heb ik uitgebreid stilgestaan bij de grote vrijheid die de feitenrechter heeft in de context van (poging tot) doodslag in het verkeer. De vrijheid begint bij de macht die de feitenrechter heeft om de grondslag van zijn eigen oordeel vorm te geven. Deze macht zal zich in de praktijk vooral in negatieve zin manifesteren door het niet uitoefenen van (ambtshalve) bevoegdheden die wel uitgeoefend hadden kunnen worden. De keuzes die al dan niet door de feitenrechter zijn gemaakt, zijn uiteindelijk doorslaggevend voor de feiten en omstandigheden die voor de Hoge Raad kenbaar zijn. De tweede factor die een bijdrage levert aan de vrijheid van de feitenrechter is de beperkte toetsing door de Hoge Raad. De Hoge Raad zal – afhankelijk van de wijze waarop het Openbaar Ministerie en de verdediging zich hebben opgesteld – zijn oordeel moeten baseren op een door de feitenrechter uitgevoerde selectie van feiten en omstandigheden. In het geval van een bewezenverklaring is die selectie vertekend in de richting van feiten en omstandigheden die redengevend zijn voor de bewezenverklaring. De laatste factor die een bijdrage levert aan de vrijheid van de feitenrechter is gelegen in de marginale toetsing van feitelijke oordelen. De Hoge Raad zal alleen ingrijpen als de beslissing (volstrekt) onbegrijpelijk moet worden geacht. De combinatie van deze factoren zorgt ervoor dat een feitenrechter die dient te oordelen over een tenlastelegging een aanzienlijke vrijheid heeft om te komen tot een uitspraak die buiten het toetsingsbereik van de Hoge Raad valt.

In dit hoofdstuk worden zoals gezegd alleen zaken besproken waarin de feitenrechter de hierboven beschreven vrijheid heeft aangewend om tot een veroordeling te komen. Ik ga er daarbij van uit dat de feiten en omstandigheden van vrijwel al deze zaken op zodanige wijze zijn gepresenteerd of zouden kunnen worden gepresenteerd dat de Hoge Raad niet tot cassatie zou overgaan op basis van welk op het opzet toegesneden cassatiemiddel dan ook. Het hoofdstuk verkent de uiterste grenzen van de aan de feitenrechter gelaten veroordelingsvrijheid.

In dit hoofdstuk zal ik zeven categorieën bespreken waarin veroordeeld kan worden voor (poging tot) doodslag in het verkeer. Deze categorieën zijn ondergebracht in afzonderlijke paragrafen. De bespreking van de categorieën zal door de bank genomen volgens hetzelfde stramien plaatsvinden. Om te beginnen worden de belangrijkste feiten en omstandigheden van een aantal voorbeeldzaken gepresenteerd. Vervolgens wordt de categorie geanalyseerd door haar tegen de achtergrond van de doctrine en de rechtspraak te plaatsen. De in de eerste vier paragrafen te bespreken categorieën zijn primair bewijsrechtelijk van aard. In deze paragrafen worden feiten en omstandighe-

---

<sup>392</sup> Voor zover kon worden nagegaan via de gepubliceerde rechtspraak. Daarnaast is één door de rechtbank gewezen voorbeeldzaak bij de Hoge Raad terechtgekomen in verband met poging tot zware mishandeling, waarvoor het Hof had veroordeeld. Deze veroordeling is ook in stand gebleven.

den geïdentificeerd die het relatief gemakkelijk maken om tot een cassatiebestendige veroordeling voor (poging tot) doodslag in het verkeer te komen. De laatste drie paragrafen zijn gewijd aan een aantal bijzondere materieelrechtelijke constructies. Het doel van deze paragrafen is om de uiterste grenzen van de dogmatiek te verkennen. Hieronder blik ik vooruit op de in dit hoofdstuk opgenomen paragrafen.

Paragraaf 6.2 is gewijd aan gevallen waarin de feitenrechter aanneemt dat de verdachte de bedoeling heeft gehad zijn eigen leven te nemen. In die gevallen kan de aan het Porsche-arrest ten grondslag liggende zelfbehoudstheze weerlegd worden.

In paragraaf 6.3 besteed ik aandacht aan gevallen waarin de feitenrechter aanneemt dat de verdachte minder risico heeft gelopen dan het slachtoffer. Dat doet zich in de regel voor bij confrontaties tussen sterke en zwakke verkeersdeelnemers. In dat geval noopt het aannemen van opzet op de dood van een ander minder snel tot de contra-intuïtieve inferentie dat de verdachte ook opzet op zijn eigen dood moet hebben gehad.

Paragraaf 6.4 staat in het teken van doelbewuste geweldshandelingen in het verkeer. In deze paragraaf sta ik uitgebreid stil bij het inrijden op politieagenten. Daarnaast besteed ik aandacht aan rechtspraak van de Hoge Raad die een belangrijke beperking van het toepassingsbereik van het Porsche-arrest markeert. Indien sprake is van een doelbewuste geweldshandeling, dan wordt de feitenrechter ontheven van de lastige taak de vraag te beantwoorden of de verdachte de kans op zijn eigen dood al dan niet heeft aanvaard.

Paragraaf 6.5 heeft betrekking op gevallen waarin belastende uitspraken van de verdachte een rol spelen bij het bewijs van opzet. In deze paragraaf besteed ik aandacht aan een ander arrest van de Hoge Raad dat de reikwijdte van het Porsche-arrest inperkt. Uit dat arrest zou afgeleid kunnen worden dat het vooral van belang is dat de feitenrechter de door de Hoge Raad in het Porsche-arrest geformuleerde ervaringsregel onder ogen ziet bij zijn oordeelsvorming. Zolang de feitenrechter maar laat blijken dat de ervaringsregel is betrokken bij zijn oordeelsvorming, kan hij wel degelijk cassatiebestendig tot een bewezenverklaring van opzet komen.

Paragraaf 6.6 staat in het teken van de zogenaamde anterieur-opzetconstructie. Het kenmerk van deze constructie is dat het opzet op een (veel) eerder tijdstip wordt gelokaliseerd dan de *actus reus*. Daarbij kan gedacht worden aan het moment dat een hevig geïntoxiceerd persoon de keuze maakt auto te gaan rijden. Aangezien de anterieur-opzetconstructie geen algemeen geaccepteerde dogmatische constructie is, zal ik in deze paragraaf uitgebreid stilstaan bij de vraag in hoeverre de constructie past in de Nederlandse dogmatiek.

In paragraaf 6.7 staat het opzet in het geval van nalaten centraal. Hier is het de vraag of het iemand in hulpeloze toestand achterlaten tot aansprakelijkheid voor doodslag kan leiden. In deze paragraaf sta ik stil bij de bijzondere zorgplicht in verband met het oneigenlijke omissiedelict doodslag en ga ik

in op de vraag welk criterium moet worden gehanteerd bij de causaliteit van het nalaten.

Paragraaf 6.8 is gewijd aan deelnemingsconstructies in verband met (poging tot) doodslag in het verkeer. Een belangrijk deel van deze paragraaf staat in het teken van de vraag in hoeverre het zich niet distantiëren een rol kan spelen bij het bewijs van medeplegen. Dat is met name van belang om de vraag te kunnen beantwoorden of bijrijders aansprakelijk kunnen worden gesteld voor het medeplegen van (poging tot) doodslag.

## **6.2 Opzet op de eigen dood**

### **6.2.1 Inleiding**

Deze paragraaf is gewijd aan gevallen waarin de feitenrechter aanneemt dat de verdachte de bedoeling heeft gehad zijn eigen leven te nemen. In paragraaf 6.2.2 worden drie voorbeeldzaken besproken. In paragraaf 6.2.3 vindt een analyse van deze categorie plaats.

### **6.2.2 Rechtspraak**

#### **Zaak 1a**

Hof Arnhem 17 april 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BI1499

Dikke bomen<sup>393</sup>

De verdachte reed met bijna 130 kilometer per uur op een weg waarop een maximumsnelheid van 50 kilometer per uur gold. De eenbaansweg met fietspad was door een middenberm gescheiden van de weghelft voor het verkeer uit de tegengestelde richting.<sup>394</sup> Tijdens de rit haalde de verdachte een paar andere auto's in. Daarbij heeft hij enkele auto's geschampt en ook een stuk van de middenberm meegepakt omdat hij onvoldoende ruimte had. Vervolgens botste de verdachte op een kruispunt zonder te remmen tegen een stilstaande auto aan. De twee inzittenden van deze auto raakten ernstig gewond. De verdachte verklaarde dat het die dag niet goed met hem ging en dat hij die dag zelfmoord wilde plegen. Hij gaf aan dat hij in zijn auto op weg was geweest naar een bepaalde weg met dikke bomen, om aldaar tegen een boom aan te rijden. Het Hof veroordeelde de verdachte wegens poging tot doodslag, meermalen gepleegd.

---

<sup>393</sup> Zie voor de uitspraak van de rechtbank: rechtbank Almelo 15 juli 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BD7277.

<sup>394</sup> Deze observatie is ontleend aan Google Maps.



### **Zaak 1b**

Hof Den Haag 11 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BQ1112  
Vivaro<sup>395</sup>

De verdachte reed met zijn Opel Vivaro bestelbus op een rijksweg met een snelheid van tussen de 107 en 129 kilometer per uur zonder te remmen tegen een personenauto aan. Deze personenauto bleef na de botsing maar rechthout gaan. Vervolgens ging de auto over een vluchtheuvel en door de vangrail heen. Daarop kwam de auto beneden aan een talud tot stilstand. De Vivaro en de andere auto werden daar in elkaar gevouwen aangetroffen. De twee inzittenden van de personenauto, een echtpaar, raakten gewond. De verdachte had ruzie met zijn vriendin gehad en had stevig gedronken voor het incident (een bloedalcoholgehalte van 1,13 promille). Hij verklaarde ter zitting dat hij een einde aan zijn leven wilde maken door met hoge snelheid tegen iets aan te rijden. Tijdens de rit zei de verdachte door de telefoon tegen zijn vriendin: “Ik rijd nu 160 en jij gaat horen hoe ik mezelf kapot rijd”. Hij werd veroordeeld voor poging tot doodslag, meermalen gepleegd.

### **Zaak 1c**

Rechtbank Rotterdam 19 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV1370  
Frontale botsing

Het laat zich aanzien dat de verdachte in deze zaak tot tweemaal toe heeft geprobeerd zichzelf van het leven te beroven. Op de bewuste avond is de verdachte na een bezoek aan een vriendin omstreeks 22.30 uur in zijn auto gestapt. Enige tijd later botste hij met zijn auto met hoge snelheid tegen een aantal bomen aan. De rechtbank achtte het buiten redelijke twijfel staan dat de verdachte doelbewust met hoge snelheid tegen de bomen was aangebotst. De verdachte verliet de plaats van de botsing en begaf zich naar zijn woonadres. Hij wiste de internetgeschiedenis van zijn computer omstreeks 22.51 uur. Hij heeft vervolgens zonder toestemming de autosleutels van de partner van zijn zus meegenomen en is in diens auto weggereden. Omstreeks 23.30 uur botste de verdachte frontaal tegen een andere auto aan. Beide auto's reden boven de 100 kilometer per uur. Drie inzittenden van de tegenligger kwamen te overlijden en één inzittende raakte ernstig gewond. Het bleek dat de verdachte een aantal dagen voor het incident op internet had gezocht naar manieren om zelfmoord te plegen. De verdachte zocht naar: “zelfmoord manieren”, “ik wil dood”, “hoe pleeg ik zelfmoord zonder pijn”, “wat zijn de makkelijkste manieren om te sterven”, “hoe kan je 't best jezelf ophangen” en “ik wil geen pijn bij me zelfmoord”. De verdachte werd voor het laatste incident veroordeeld wegens doodslag, meermalen gepleegd en poging tot doodslag. De rechtbank achtte voorbedachte raad niet bewezen.

---

<sup>395</sup> Zie voor de uitspraak van de rechtbank: rechtbank Dordrecht 18 mei 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BM4994.

### 6.2.3 Analyse

Deze eerste categorie van gevallen waarin (poging tot) doodslag in het verkeer wordt aangenomen, heeft betrekking op zaken waarin de verdachte met doelopzet op zijn eigen dood handelt. Het spreekt vanzelf dat veroordelingen in deze categorie in de regel cassatiebestendig zijn. De Hoge Raad ziet nadrukkelijk onder ogen dat de zelfbehoudsthese die ten grondslag ligt aan het Porsche-arrest voor weerlegging vatbaar is ("behoudens aanwijzingen voor het tegendeel"). Als vastgesteld wordt dat de verdachte het doel had zichzelf van het leven te beroven, dan is de zelfbehoudsthese vanzelfsprekend gefalsificeerd.

De gevallen uit deze categorie laten zich gemakkelijk analyseren in het raamwerk van de in paragraaf 4.4 besproken rationele keuzetheorie. Als iemand zichzelf wil doden, dan wordt de mogelijkheid om te sterven hoger gewaardeerd dan de mogelijkheid om in leven te blijven. Het laat zich goed denken dat andere mogelijkheden – zoals dood of letsel bij andere personen – een relatief kleine impact hebben in vergelijking met de doodswens. Bedacht moet worden dat deze hypothese veronderstelt dat de verdachte een grote mate van indifferentie tentoonspreidt ten aanzien van de belangen van andere mensen. Het is immers goed mogelijk om het eigen leven te nemen zonder de levens van andere mensen in de waagschaal te stellen.

In de in deze paragraaf besproken zaken is het bewijs van opzet op het van het leven beroven van anderen direct verbonden met het bewijs van opzet op de eigen dood. In zaak 1a (Dikke bomen) wordt het opzet op de eigen dood onder meer afgeleid uit de verklaring van de verdachte dat hij op weg was geweest naar een bepaalde weg met dikke bomen. In zaak 1b (Vivaro) zei de verdachte vlak voor de aanrijding door de telefoon tegen zijn vriendin dat hij zichzelf kapot ging rijden. In zaak 1c (Frontale botsing) werd het opzet op de eigen dood afgeleid uit de aard van de twee incidenten in combinatie met de zoekslagen naar zelfdoding die de verdachte op het internet had uitgevoerd. De verdachte zelf ontkende overigens met opzet op de eigen dood te hebben gehandeld.

Zodra vastgesteld kan worden dat de verdachte de bedoeling had om zichzelf te doden, is het relatief gemakkelijk opzet op de dood van anderen te bewijzen. Als de wijze waarop iemand tracht zichzelf van het leven te beroven extreem gevaarlijk is voor anderen, dan kan daaruit gemakkelijk afgeleid worden dat de verdachte ten minste de aanmerkelijke kans op de dood van anderen welbewust heeft aanvaard. In zaak 1b (Vivaro) concludeert het Hof dat sprake is geweest van voorwaardelijk opzet:

"Aldus heeft hij willens en wetens de naar algemene ervaringsregels als aanmerkelijk aan te merken kans aanvaard dat tengevolge van die (opzettelijke) aanrijding niet alleen hij, maar ook degenen tegen wie hij aanreed, het leven zouden laten."

In zaak 1c (Frontale botsing) stelt de rechtbank dat de verdachte moet worden geacht te hebben gehandeld met noodzakelijkheids- of in ieder geval waarschijnlijkheidsbewustzijn. In zaak 1a (Dikke bomen) is sprake van de minst sterke koppeling tussen het opzet op de eigen dood en het opzet op de dood van anderen. De botsing die figureert in de bewezenverklaring van poging tot doodslag vond namelijk plaats voordat de verdachte op de weg met de dikke bomen was aangekomen (alwaar hij naar eigen zeggen zelfmoord had willen plegen). Het Hof lijkt ervan uitgegaan te zijn dat de verdachte tijdens de rit reeds beschikte over voorwaardelijk opzet ten aanzien van zijn eigen dood en de dood van nog niet nader geconcretiseerde “andere verkeersdeelnemers”. Volgens het Hof is het de verdachte kennelijk om het even geweest of hij op de bewuste dag ook anderen zou aanrijden. Zowel het tijdstip als de slachtoffers zijn niet nader bepaald door het Hof. Deze zaak kan mogelijk ook worden beschouwd als een manifestatie van de in paragraaf 6.6 te bespreken anterieur-opzetconstructie.<sup>396</sup> In deze constructie wordt het opzet geruime tijd voor het incident waarop het betrekking heeft, gelokaliseerd.

## **6.3 Ongelijk risico**

### **6.3.1 Inleiding**

Deze paragraaf is gewijd aan gevallen waarin de feitenrechter aanneemt dat de verdachte minder risico heeft gelopen dan het slachtoffer. In die gevallen kan de aan het Porsche-arrest ten grondslag liggende zelfbehoudsthese relatief gemakkelijk worden geneutraliseerd. In paragraaf 6.3.2 worden drie voorbeeldzaken voor het voetlicht gebracht. In paragraaf 6.3.3 besteed ik onder meer aandacht aan de jurisprudentie van de Hoge Raad en de overtuigingskracht van het ongelijke-risicoargument.

---

<sup>396</sup> Zie ook Hof Den Bosch 2 december 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK5229. In dat geval ging het opzet op het veroorzaken van letsel dan wel dood bij de verdachte zelf ook niet gepaard met een geconcretiseerd opzet op de dood van anderen. Het Hof overwoog als volgt: “Weliswaar gaat het hof er vanuit dat verdachte daarbij niet (boos) opzet heeft gehad om de toevallig op dat moment aanwezige fietsers dodelijk te raken, maar verdachte heeft met haar gedragingen zoals hierboven vermeld wel willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat medeweggebruikers, in dit geval twee fietsers, door haar toedoen zouden komen te overlijden.”

### 6.3.2 Rechtspraak

#### Zaak 2a

HR 17 februari 2004, NJ 2004, 323, ECLI:NL:HR:2004:AN9360

Veertig bier<sup>397</sup>

De verdachte was naar de kermis gereden in een Mitsubishi Pajero. Op de kermis had hij naar eigen zeggen in de loop van de middag en avond ongeveer veertig bier tot zich genomen. Hij liet zijn oorspronkelijke plan varen om de auto te laten staan en besloot naar het huis van zijn vriendin te rijden. Verschillende getuigen hebben verklaard dat het rijgedrag van de verdachte kort na vertrek zeer gevaarzettend is geweest. Op den duur reed de verdachte met een snelheid die ruim hoger was dan de ter plaatse toegestane snelheid van 50 kilometer per uur. Vervolgens heeft hij met onverminderde snelheid het slachtoffer, dat deel uitmaakte van een groepje van drie fietsers, doodgereden.

Het Hof baseert het bewijs van opzet grotendeels op de vergaande intoxicatie en de rijstijl van de verdachte. In de volgende passage zet het Hof uiteen waarom de hulpregel uit het Porsche-arrest naar zijn oordeel niet van toepassing is op deze zaak:

“Het gaat hier om een gewelddadige confrontatie van een ‘sterke’ verkeersdeelnemer, te weten de verdachte rijdend in zijn zware bedrijfsauto van meer dan tweeduizend kilogram, met een ‘zwakke’ verkeersdeelnemer, te weten het fietsende slachtoffer. In deze situatie kan niet gezegd worden dat verdachte door zijn handelen (tevens) willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat ook hijzelf als gevolg van de aanrijding met de fietser het leven zou laten.”

De laatste overweging – niet gezegd kan worden dat de verdachte door zijn handelen tevens voorwaardelijk opzet op zijn eigen dood heeft gehad – staat centraal in het cassatiemiddel. De Hoge Raad overweegt echter dat de juistheid van deze overweging in het midden kan blijven, omdat het opzetoordeel – tegen de achtergrond van de bewijsmiddelen – zelfstandig wordt gedragen door de overige gronden waarop het Hof het bewijs van opzet heeft doen steunen. De Hoge Raad geeft het volgende oordeel over de door hem samengevatte, in die overige gronden besloten liggende gedachtegang van het Hof:

“Uit de wijze van rijden van de verdachte met zijn zware terreinauto kan bezwaarlijk anders volgen dan dat hij zich niet heeft bekommerd om de mogelijke gevolgen daarvan voor andere verkeersdeelnemers, meer in het bijzonder zwakkere weggebruikers, zoals fietsers. Dat vindt bevestiging in de omstandigheid dat de verdachte, voordat hij ging rijden, dermate veel alcohol

<sup>397</sup> Zie voor de uitspraak van het Hof: Hof Den Bosch 2 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:A09404. Deze zaak wordt ook uitgebreid besproken in paragraaf 6.6 (zaak 5b).

had gedronken dat hij absoluut niet meer in staat moest worden geacht zijn auto naar behoren te besturen. De verdachte heeft zich aldus door zijn wijze van rijden willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat zijn handelen de dood van het slachtoffer tot gevolg zou hebben. Die gedachtegang geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl zij evenmin onbegrijpelijk is.”

## **Zaak 2b**

Rechtbank Den Bosch 6 juni 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AT7532

Laadbak<sup>398</sup>

De verdachte heeft een deel van de avond in de kantine van een camping doorgebracht en heeft daar alcoholhoudende drank gedronken. De verdachte was van plan later die avond met een vriend en het latere slachtoffer te gaan stappen. De verdachte is in zijn Nissan Patrol gestapt en is twee keer tegen een geparkeerde Mercedes Vito aangereden. De verdachte is vervolgens verder gereden. Even verderop is de verdachte gestopt. Vervolgens is het latere slachtoffer aan de bijrijderskant uit de auto gestapt en heeft plaatsgenomen in de laadbak. Een vriend van de verdachte stapte in en nam op de passagiersstoel plaats. De verdachte is verder gaan rijden over de camping. De camping heeft een groot aantal grillig gevormde wegen waar verkeersremmende maatregelen zijn aangebracht in de vorm van drempels. Langs de wegen op de camping staan verkeersborden waarop maximumsnelheden van 10 en 5 kilometer per uur staan vermeld. In een bocht op het campingterrein is de verdachte vervolgens met zeer hoge snelheid tegen twee bomen aangereeden. Daardoor is het slachtoffer, dat zich in de laadbak bevond, overleden. De rechtbank overweegt het volgende met betrekking tot het opzet:

“Het is een feit van algemene bekendheid dat het gebruik van alcoholhoudende drank de rijvaardigheid kan beïnvloeden. Verdachte reed ten tijde van de botsing met een veel te hoge snelheid, te weten 75 km/uur. De laadbak van de terreinauto die verdachte bestuurde was niet ingericht voor personenvervoer, immers elementaire voorzieningen als een stoel, autogordels en beenruimte ontbraken, terwijl zich in de laadbak een grote hoeveelheid losse voorwerpen bevond, zoals gereedschap en bouwmaterialen alsmede een koffer, en er in de laadbak bovendien geen vrij uitzicht naar buiten was.

Onder deze omstandigheden bevond het in de laadbak aanwezige latere slachtoffer (...) zich feitelijk in een aanmerkelijk gevaarlijkere situatie dan verdachte als bestuurder of de andere passagier op de bijrijdersplaats. Reeds om die reden, maar ook omdat verdachte – anders dan het latere slachtoffer – de Nissan Patrol zelf bestuurde, kon hij zich veilig en onkwetsbaar menen in het voertuig. De stelling van de raadsman dat verdachte met het op de koop

---

<sup>398</sup> Zie voor de uitspraak van het Hof: Hof Den Bosch 14 februari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:AZ8343.

toe nemen van de dood van het latere slachtoffer ook diens eigen dood of die van de andere passagier op de koop zou hebben toegenomen dan wel zou moeten hebben toenemen dient dan ook te worden verworpen. In deze situatie kan niet gezegd worden dat verdachte door zijn handelen (tevens) willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat ook hijzelf als gevolg van het ongeval het leven zou laten. (...)

Uit [de gevaarlijke omstandigheden waarin de verdachte zijn passagier had gebracht] en uit de zeer hoge snelheid waarmee verdachte na alcoholgebruik heeft gereden op een daarvoor totaal niet ingerichte weg leidt de rechtbank af dat het verdachte kennelijk om het even is geweest of hij in de bewuste nacht, rijdend in zijn auto een botsing zou veroorzaken waarbij zijn kwetsbare passagier (...) gewond zou raken of het leven zou laten. Dit laatste gevolg heeft verdachte kennelijk op de koop toe genomen.”

### **Zaak 2c**

Rechtbank Rotterdam 16 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN7279  
Dodge Ram<sup>399</sup>

Op de bewuste avond reed de verdachte als bestuurder van een Dodge Ram 2500 door Rotterdam. Het was donker en het wegdek was nat. Na wat geïrriteerd te zijn geraakt door verkeersgedrag van anderen, is de verdachte met een snelheid van ongeveer 110 kilometer per uur dicht achter een andere auto gaan rijden. Vervolgens haalde de verdachte op een kruising via de voorsorteerstrook voor het rechtdoorgaande verkeer een aantal voor rechtsaf voorgesorteerde voertuigen in. Op de kruising is de verdachte door rood licht naar rechts afgeslagen. De verdachte vervolgde zijn weg met hoge snelheid en haalde nog twee auto's in. Op den duur botste de verdachte op een kruising, ondanks het inzetten van een remmanoeuvre, tegen een voorrangsplichtige Ford Focus aan. Vier inzittenden van de Ford kwamen te overlijden en één persoon raakte gewond. Uit de 'zwarte doos' van de Dodge kwam naar voren dat de verdachte 5 seconden voor de aanrijding met een snelheid van ongeveer 147 kilometer per uur reed. Op het moment dat de verdachte de remming inzette, reed hij 123 kilometer per uur. De botssnelheid bedroeg ongeveer 86 kilometer per uur. De verdachte reed op een weg waar een snelheidslimiet van 50 kilometer per uur gold. Eerder op die weg gold een snelheidslimiet van 30 kilometer per uur vanwege wegwerkzaamheden. De rechtbank acht opzet op de dood van de vijf inzittenden van de Ford bewezen. De rechtbank wijdt de volgende overweging aan het opzet:

“Deze gemoedstoestand [de verdachte was eerder boos en geïrriteerd geraakt, AVD] en het extreme rijgedrag dat verdachte zich vanwege die gemoedstoestand permitteerde en waarin hij ook volhardde, zijn voor de recht-

<sup>399</sup> Zie voor de uitspraak van het Hof: Hof Den Haag 16 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU4602.

bank mede bepalend voor de conclusie dat de verdachte voorafgaand en ten tijde van de aanrijding onverschillig heeft gestaan tegenover de hem zeer wel bekende aanmerkelijke kans dat zijn weggedrag een aanrijding met dodelijke gevolgen zou kunnen hebben.

Nu hij bovendien [een] auto bestuurde, waarmee zijn eigen kwetsbaarheid in het verkeer bij een ongeval aanzienlijk kleiner geacht kan worden dan die van een bestuurder van een willekeurige reguliere personenauto, gaat de rechtbank er niet vanuit dat hij in de veronderstelling verkeerde dat hij daarbij zelf ook het leven zou kunnen laten.

Het gaat hier immers om een gewelddadige confrontatie van een ‘sterke’ verkeersdeelnemer, te weten de verdachte rijdend in een Dodge, type Ram 2500 van 2950 kg, met een ‘zwakke’ verkeersdeelnemer, in casu de Ford, type Focus met vijf inzittenden van 1400 á 1500 kg.”

### 6.3.3 Analyse

De in hoofdstuk 4 ondernomen analyse van het Porsche-arrest berust mede op de gevaarperceptiethese.<sup>400</sup> Als de verdachte zich bewust was geweest van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander, dan zou hij zich ook bewust geweest zijn van de beduidende kans op zijn eigen dood. Aangezien het niet voor de hand ligt te handelen ondanks de beduidende kans op de eigen dood, is de verdachte zich vermoedelijk in het geheel niet bewust geweest van de met het gevaar voor zijn eigen leven verbonden aanmerkelijke kans op de dood van een ander.

In HR 23 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9594, NJ 2001, 327 wees Advocaat-Generaal Machielse erop dat het Porsche-arrest niet van toepassing is op een zaak waarin een aantal fietsers werden aangereden.<sup>401</sup>

“Anders dan in [het Porsche-arrest] doet zich hier namelijk niet het wat atypische geval voor van een dodelijke aanrijding van een ‘sterke’ verkeersdeelnemer met een andere ‘sterke’ verkeersdeelnemer. Hier is immers sprake van een gewelddadige confrontatie van een ‘sterke’ verkeersdeelnemer met meerdere ‘zwakke’ verkeersdeelnemers.”<sup>402</sup>

De Hoge Raad achtte de bewezenverklaring van opzet op de dood van de fietsers in die zaak toereikend gemotiveerd. De Hoge Raad refereerde daarbij

---

<sup>400</sup> Zie paragraaf 4.3.

<sup>401</sup> Deze zaak komt uitgebreid aan de orde in paragraaf 6.5.

<sup>402</sup> Machielse voerde deze redenering ook op in zijn conclusie bij HR 12 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8965. Hij overwoog daar: “Het inrijden op voetgangers is voor een automobilist niet zo riskant voor zijn eigen leven als het met grote snelheid op een tweebaansweg aansturen op een frontale botsing. Het ervaringsargument dat de Hoge Raad in [het Porsche-arrest] aandroeg is daarom in een geval als het onderhavige niet van toepassing.”

echter niet aan het door Machielse opgeworpen zwakke-verkeersdeelnemerargument.

Het Hof in zaak 2a (Veertig bier) sloeg bij de bewijsredenering van het opzet expliciet acht op het zwakke-verkeersdeelnemerargument. Dit argument bevat een premisse (het betrof een confrontatie tussen een sterke en een zwakke verkeersdeelnemer) en een conclusie (opzet op de eigen dood kan niet uit de gedraging afgeleid worden). Het arrest van de Hoge Raad biedt beperkte steun aan het door het Hof gebruikte argument. De Hoge Raad begint met de overweging dat de conclusie uit het argument (opzet op de eigen dood kan niet uit de gedraging afgeleid worden) in het midden kan blijven.<sup>403</sup> In de Hoge Raads weergave van de gronden die het opzetoordeel zelfstandig kunnen dragen, refereert de Hoge Raad echter wel aan de premisse uit het argument (het betrof een confrontatie tussen een sterke en een zwakke verkeersdeelnemer). De Hoge Raad legt er echter minder nadruk op dan het Hof. Het Hof concludeert dat het de verdachte kennelijk om het even is geweest of hij op de bewuste avond “zwakke verkeersdeelnemers, zoals [slachtoffer]” zou aanrijden. Een dergelijk gevolg heeft de verdachte volgens het Hof kennelijk op de koop toegenomen. In de Hoge Raads weergave van de gedachtegang van het Hof staat dat de in een zware terreinauto rijdende verdachte zich niet heeft bekommerd om de mogelijke gevolgen voor “andere verkeersdeelnemers, meer in het bijzonder zwakkere weggebruikers, zoals fietsers”. Het Hof betreft de houding van de verdachte aldus op de beperkte categorie van zwakke verkeersdeelnemers, terwijl de Hoge Raad de houding van de verdachte in beginsel betreft op alle verkeersdeelnemers.

Het is de vraag waarom de Hoge Raad minder nadruk legt op het zwakke-verkeersdeelnemerargument. De verklaring kan mogelijk gevonden worden in de bijzondere opzetconstructie die het Hof hanteert. Het gaat daarbij om de in paragraaf 6.6 te bespreken anterieur-opzetconstructie. Het Hof lokaliseert het opzet van de verdachte in het verleden: het opzet zit in de beslissing om stomdronken te gaan rijden. Het Hof slaat er daarbij onder meer acht op dat de verdachte tweemaal eerder dronken een ernstig verkeersongeval veroorzaakt had.

Als het opzet op deze manier geconstrueerd wordt, dan ligt het minder voor de hand het opzet alleen te betrekken op het type verkeersdeelnemer waarmee de botsing toevallig heeft plaatsgevonden (een zwakke verkeersdeelnemer). Uitgaande van de verklaring van de verdachte vond de botsing plaats in de beginfase van een rit van meer dan veertig kilometer.<sup>404</sup> Het Hof ging er bovendien van uit dat de verdachte het slachtoffer in het geheel niet had gezien. Tegen deze achtergrond valt te verklaren waarom de Hoge Raad het opzet tevens betreft op andere verkeersdeelnemers. De Hoge Raad accepteert daarbij wel dat de groep van potentiële botsobjecten *in het bijzonder* uit zwakkere weggebruikers, zoals fietsers, bestaat.

<sup>403</sup> Advocaat-Generaal Jörg had deze conclusie wel aan een toetsing onderworpen en achtte de conclusie niet onbegrijpelijk.

<sup>404</sup> Het ging om een rit tussen Sint Michielsgestel en Geertruidenberg.



Als het opzet van de verdachte niet alleen betrokken wordt op zwakke verkeersdeelnemers, dan staat de validiteit van het zwakke-verkeersdeelnemerargument ter discussie. De verdachte kan immers ook een sterke verkeersdeelnemer op zijn pad vinden. De Hoge Raad komt in elk geval niet tot het oordeel dat het argument onbegrijpelijk is, maar overweegt dat de juistheid van de conclusie van het argument (opzet op de eigen dood kan niet uit de gedraging afgeleid worden) in het midden kan blijven. Daaruit zou wellicht afgeleid kunnen worden dat in deze situatie zelfs de onjuistheid van de conclusie niet in de weg staat aan het bewijs van opzet. In deze interpretatie verschillen de gedragingen in deze zaak zo van de gedragingen in de Porschezaak dat het aannemen (of niet uitsluiten) van opzet op de eigen dood evenmin onbegrijpelijk zou zijn.<sup>405</sup> De assumptie is dan dat de verdachte ook de mogelijkheid onder ogen heeft gezien dat hij tijdens de lange rit zelf het leven zou kunnen laten. Het verdient opmerking dat Advocaat-Generaal Jörg er in zijn conclusie ook op wijst dat het Porsche-arrest voldoende ruimte biedt voor de mogelijkheid dat verkeersgedrag zó gevaarlijk kan zijn dat het niet anders kan of de bestuurder riskeert welbewust zijn eigen dood.

Vervolgens is het de vraag in welk opzicht deze zaak dan verschilt van de Porschezaak. De extreme dronkenschap en het reeds tweemaal eerder dronken veroorzaakt hebben van een verkeersongeval vormen een begin van een verklaring. Daarnaast waren er in deze zaak – anders dan in het Porsche-arrest – geen concrete aanwijzingen dat de verdachte zijn leven niet in de waagschaal wilde stellen. Ten slotte geldt dat het zwakke-verkeersdeelnemerargument niet geheel zonder betekenis is. De kans op de eigen dood in de situatie waarin “in het bijzonder zwakkere weggebruikers” de weg bevolken is kleiner dan in het geval van een frontale botsing met hoge snelheid waarvan sprake was in het Porsche-arrest. Dat betekent dat naar verwachting minder tegenmotiverende kracht uitgaat van het zelfbehoudinstinct. De negatieve waardering van de mogelijkheid zelf het leven te verliezen, weegt immers minder zwaar als de kans op het intreden van de mogelijkheid laag wordt ingeschat.<sup>406</sup>

Deze interpretatie behelst dat de Hoge Raad een middenpositie inneemt tussen de opvatting van het Hof en de opvatting die ten grondslag ligt aan het cassatiemiddel. Door alleen in te zoomen op de botsing tussen een sterke en zwakke verkeersdeelnemer die daadwerkelijk plaatsvond, wekt het Hof de indruk dat de gang van zaken nauwelijks gevaarlijk was voor de verdachte. Het cassatiemiddel schetst evenwel een gang van zaken waarbij de verdachte evengoed tegen een voertuig, boom of gebouw aan had kunnen rijden, zodat hij van geluk mag spreken dat hij niet dodelijk is verongelukt. De Hoge Raad laat de mogelijkheid open dat de verdachte tegen andere verkeersdeelnemers dan fietsers op had kunnen botsen, maar lijkt er wel van uit te gaan dat de

---

<sup>405</sup> In HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6631, NJ 2009, 111 ging de Hoge Raad akkoord met een dergelijke vaststelling door het Hof. Dit arrest wordt besproken in paragraaf 6.5.

<sup>406</sup> Zie paragraaf 4.4.2 met betrekking tot de kansintegratietheorie.

groep van potentiële botsobjecten in het bijzonder uit zwakkere weggebruikers, zoals fietsers, bestaat. Het feit dat de kans op de eigen dood kleiner is dan in het Porsche-arrest brengt in deze benadering mee dat de zelfbehoudsthese minder snel tot de onbegrijpelijkheid van het opzetoordeel noopt.

In deze interpretatie van zaak 2a (Veertig bier) speelt het zwakke-verkeersdeelnemerargument een beperkte, aanvullende rol. Het feit dat de Hoge Raad het argument deels laat terugkomen in zijn weergave van de niet onbegrijpelijk geachte gedachtegang van het Hof, laat in elk geval zien dat het argument een rol in de argumentatie kan vervullen. Dat vindt bevestiging in HR 17 maart 2009, NJ 2009, 158, ECLI:NL:HR:2009:BH6219.<sup>407</sup> Het Hof had in deze zaak overwogen dat het de verdachte kennelijk om het even is geweest of hij “zwakke verkeersdeelnemers zoals voetgangers” zou aanrijden. Deze uitspraak is eveneens door de Hoge Raad in stand gelaten.<sup>408</sup> De conclusie kan zijn dat het zwakke-verkeersdeelnemerargument door feitenrechters gebruikt kan worden om uiteen te zetten waarom de zelfbehoudsthese die ten grondslag ligt aan het Porsche-arrest geen dan wel een minder sterke contra-indicatie oplevert.

Ik verplaats de aandacht van de rechtspraak van de Hoge Raad naar de kracht en het toepassingsbereik van het zwakke-verkeersdeelnemerargument. Het argument berust op de gedachte dat bepaalde gedragingen minder gevaar voor de verdachte opleveren dan voor het als zwakke verkeersdeelnemer te bestempelen (potentiële) slachtoffer. Het aannemen van opzet op de dood van een ander noopt dan minder snel tot de contra-intuïtieve inferentie dat de verdachte ook opzet op zijn eigen dood moet hebben gehad.

Ik geef er de voorkeur aan het argument te omschrijven in termen van een ongelijk risico, omdat deze terminologie een breder toepassingsbereik heeft. In zaak 2b (Laadbak) past de rechtbank het ongelijke-risicoargument toe in verband met een zich in een laadbak bevindend slachtoffer. In deze zaak gaat het derhalve niet om een verkeersdeelnemer. In zaak 2c (Dodge Ram) wordt het argument gebruikt bij een botsing tussen een Dodge Ram en een Ford Focus. In deze zaak gaat het niet om een zwakke verkeersdeelnemer in de gebruikelijke betekenis van het woord, maar wordt uitgedrukt dat sprake is van zwakte in relatieve zin. In beide zaken wordt het opzetoordeel gedragen door de assumptie dat de verdachte minder risico liep dan het slachtoffer.

Het ongelijke-risicoargument heeft de meeste overtuigingskracht als het toegepast wordt in klassieke opzetconstructies, waarbij opzet aanwezig moet zijn tijdens of vlak voor het incident in kwestie. Als het (potentiële) botsobject van een auto een voetganger of een fietser betreft, dan staat de zelfbehoudsthese niet snel in de weg aan het aannemen van opzet. De bewustheid

<sup>407</sup> Deze zaak komt aan de orde in paragraaf 6.6.5.2.

<sup>408</sup> Het curieuze cassatiemiddel klaagde erover dat de verzoeker gelet op zijn persoonlijkheid, te weten zijn zwakbegaafdheid, niet als ‘sterke verkeersdeelnemer’ kon worden beschouwd.

van de mogelijkheid van een botsing noopt immers niet tot de inferentie dat de actor ook opzet op zijn eigen dood moet hebben gehad. In de 'Database opzet in het verkeer' zijn behoorlijk wat zaken opgenomen die op deze wijze kunnen worden geduid.<sup>409</sup> In deze gevallen is tevens sprake van een doel-opzettelijke geweldshandeling, zoals het inrijden op een persoon. In paragraaf 6.4 wordt uiteengezet dat de doelopzettelijke geweldshandeling in de praktijk een sterk argument oplevert voor het aannemen van opzet.

Het ongelijke-risicoargument is minder overtuigend als het niet (alleen) gaat om de geestesgesteldheid tijdens of vlak voor het incident in kwestie. In alle voorbeeldzaken werd in meerdere of mindere mate gebruikgemaakt van de anterieur-opzetconstructie. Het opzet van de verdachte wordt betrokken op het feit dat hij ergens tijdens de gevaarlijke rit de dood van een ander zou kunnen veroorzaken. Als het voorzien hebben van het incident in kwestie geen voorwaarde is voor het aannemen van opzet, dan levert het botsobject in kwestie minder informatie op met betrekking tot het door de actor voorziene gevaar. De raadsman van de verdachte in zaak 2a (Veertig bier) legde in hoger beroep de vinger op de zere plek:

"Daarover zegt de rechtbank weinig meer dan dat het gevaar voor cliënt tijdens een botsing met de fietsers beperkt was[.] Dat is een prachtig staaltje van terugredeneren nu men het gevolg kent, maar zegt niets over wat cliënt zal hebben aanvaard. Immers het gevaar voor cliënt bestond er in dat hij hard rijdend en zwaar onder invloed in zijn zware Mitsubishi evengoed tegen een massief object als een tegemoetkomend voertuig, een boom of een gebouw had kunnen rijden.

Na veertig glazen bier heeft cliënt nooit, voordat hij ging rijden of daarna tijdens het opvoeren van de snelheid kunnen bepalen dat hij mogelijk wel tegen fietsers zou aanrijden, maar niet tegen een boom. De afstanden en cijfers in het technisch dossier van de afdeling verkeer geven dat ook wel aan. Zo ontstaat na het raken van de stoeprand 20 meter en 15 centimeter verder pas een wringspoor (p. 5). Er stonden massieve bomen op een afstand van enkele meters. Voorts kwam getuige van Herpen hem op de plaats van het ongeval tegemoet. In feite heeft cliënt geluk gehad dat hij niet ook een tegenligger of een boom met aanzienlijke snelheid heeft geraakt."<sup>410</sup>

De raadsman wijst er terecht op dat het botsobject in kwestie niet maatgevend geacht kan worden voor het risico dat de verdachte gedurende de rit heeft gelopen. De verdachte had tijdens de beoogde rit een massiever object kunnen raken en het ongeval in kwestie had ook slechter voor hem kunnen aflopen. De raadsman kiest ervoor het gevaar voor de verdachte zelf aan te

---

<sup>409</sup> Zie bijv. HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475 (Inrijden op agent), HR 23 januari 2001, NJ 2001, 241 (Man op dak) en HR 29 augustus 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX3925 (Inrijden op motorrijder). De database is online toegankelijk via <[www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research](http://www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research)>.

<sup>410</sup> De redenering van de raadsman wordt geciteerd in de in HR 17 februari 2004, NJ 2004, 323 gepubliceerde toelichting op het cassatiemiddel.

zetten, zodat de hulpregel uit het Porsche-arrest op deze zaak kan worden toegepast.

Voor de beoordeling van de cognitieve component van opzet gaat het op zichzelf beschouwd niet om de objectieve gevaren die aan de beoogde rit zijn verbonden; het gaat om de risico's die de verdachte heeft voorzien.<sup>411</sup> Het botsobject in kwestie kan daarvoor evenmin maatgevend zijn. Dat geldt in het bijzonder voor deze zaak, omdat het Hof heeft aangenomen dat de verdachte de fietser in kwestie in het geheel niet had gezien. Als het botsobject in kwestie niet als referentiepunt kan dienen, dan is het lastig de voorziene risico's voor anderen te vergelijken met de voorziene risico's voor de verdachte zelf.

De Hoge Raads interpretatie van de gedachtegang van het Hof – het zich niet bekommeren om de gevolgen die het zo rijden met een zware terreinauto kan hebben voor in het bijzonder zwakkere verkeersdeelnemers – verlegt de aandacht terecht naar de (voorziene) gevaren van de beoogde route. De focus op het gewicht van de terreinauto en de zwakkere verkeersdeelnemers laten vervolgens ruimte voor de conclusie dat het voorziene risico voor hemzelf kleiner was dan het voorziene risico voor anderen. Zoals boven is uiteengezet, kan het ongelijke-risicoargument op die manier nog steeds een rol spelen.

Het is de vraag hoe overtuigend de benadering van de Hoge Raad moet worden geacht. In de eerste plaats vallen vraagtekens te plaatsen bij de feitelijke duiding van de situatie. Is het werkelijk zo dat de groep van potentiële botsobjecten tijdens de door de verdachte beoogde rit van meer dan veertig kilometer in het bijzonder uit zwakkere weggebruikers, zoals fietsers, bestaat? In de tweede plaats kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de validiteit van de redenering. Als ervan uit zou worden gegaan dat de verdachte de mogelijkheid heeft voorzien dat hij tijdens zijn gevaarlijke rit zou botsen met “andere verkeersdeelnemers, meer in het bijzonder zwakkere weggebruikers, zoals fietsers”, dan lijkt daarvan toch ook een behoorlijke tegenmotiverende kracht uit te moeten gaan.<sup>412</sup>

De feitenrechter die het ongelijke-risicoargument wenst te gebruiken in verband met een anterieur-opzetconstructie, doet er goed aan te abstraheren van het botsobject in kwestie. De rechtbank in zaak 2c (Dodge Ram) opereert in dat opzicht niet helemaal gelukkig. Enerzijds vestigt de rechtbank de aandacht op de gevaarlijke rit als geheel door het opzet te betrekken op “een andere weggebruiker, die de Vierhavensstraat op zou willen rijden of over zou willen steken”. De rechtbank abstraheert ook van de concrete botsing door te overwegen dat het remmen van de verdachte niet aan het aannemen van opzet in de weg staat. Volgens de rechtbank had de verdachte al voor die tijd een potentieel dodelijke situatie geschapen, waaraan hij op het moment

<sup>411</sup> In hoofdstuk 7 ga ik in op de verhouding tussen de aanmerkelijke kans in objectieve zin en opzet.

<sup>412</sup> Zie paragraaf 8.5.4, waar een breder toepassingsbereik van de Porschedoctrine wordt bepleit.

dat hij ging remmen niets meer had kunnen veranderen.<sup>413</sup> Anderzijds vestigt de rechtbank echter wel de aandacht op de concrete botsing door een bijna 1500 kilo wegende Ford Focus als zwakke verkeersdeelnemer neer te zetten. Als wel gefocust wordt op de botsing die daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, dan ligt het aannemen van opzet minder voor de hand. Het oordeel van het Hof, dat vrijsprak van opzet omdat de remmanoeuvre erop zou wijzen dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het fatale ongeval niet bewust heeft aanvaard, kan in die sleutel worden geplaatst.<sup>414</sup>

De rechtbank in zaak 2b (Laadbak) lijkt het verst te gaan in het abstraheren van de gevolgen van het concrete ongeval. In deze zaak was de verdachte met hoge snelheid tegen twee bomen aangereden. In het vonnis van de rechtbank valt niets te lezen over de gevolgen voor de verdachte. In over de zaak verschenen krantenberichten valt echter te lezen dat de verdachte na het ongeval wekenlang in een coma heeft gelegen.<sup>415</sup> De stelling van de rechtbank dat de verdachte zich veilig en onkwetsbaar kon menen in het voertuig, geeft tegen deze achtergrond blijk van een groot abstraheringsvermogen.

Het arrest van het Hof wekt de indruk dat de rechtbank niet alleen van de gevolgen, maar ook van de feiten heeft geabstraheerd. Het Hof sprak de verdachte vrij van doodslag, omdat onvoldoende zekerheid bestond dat het slachtoffer op het moment van de botsing nog in leven was. Het Hof baseerde zich daarbij onder meer op een deskundigenrapportage die stelt dat er geen steun is voor de hypothese dat het slachtoffer is overleden in de Nissan, terwijl er veel steun is voor de hypothese dat het slachtoffer is overleden buiten de Nissan. In een aan de zaak gewijd krantenartikel valt te lezen dat een lijk-schouwer al meteen had aangegeven dat het er meer op leek dat er een auto over het hoofd van het slachtoffer heengereden was.<sup>416</sup> Als de in hoger beroep centraal staande hypothese waar is, dan valt uiteraard alle grond onder het ongelijke-risicoargument weg. In dat geval waren de gedragingen van de verdachte enkel en alleen gevaarlijk voor hemzelf en zijn medepassagier.

In alle voorbeeldzaken die in deze paragraaf zijn besproken, vond uiteindelijk een ongeval plaats. Het ongelijke-risicoargument zou echter ook kunnen worden toegepast in zaken waarin er geen ongeval is om van te abstraheren. De redenering is dan dat de verdachte gedurende de rit, waarin geen botsing plaatsvond, minder risico liep dan de zwakkere weggebruikers die de weg in overwegende mate bevolkten. Dat kan geïllustreerd worden aan de hand van een uitspraak van de rechtbank Den Haag.<sup>417</sup> De verdachte had, om aan controle door de politie te ontkomen, in een BMW 760LI met extreme snelheden gereden, door rood licht gereden, tegen het verkeer in gereden en rechts

---

<sup>413</sup> In paragraaf 6.6.4.2 bespreek ik drie manieren waarop deze remmanoeuvre juridisch geduid kan worden.

<sup>414</sup> Hof Den Haag 16 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU4602.

<sup>415</sup> Zie bijv. Soeteman 2005, 'Vijf jaar celstraf voor mysterieuze dodenrit bijrijder'.

<sup>416</sup> Zie De Telegraaf 2007, 'Politie verdoezelde moord'.

<sup>417</sup> Rechtbank Den Haag 10 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI2403. Deze zaak wordt ook besproken in paragraaf 6.6.4.3.

ingehaald. De verdachte was in ernstige mate onder invloed van cocaïne en leed aan een ernstig slaapttekort. Volgens de rechtbank mocht het een wonder heten dat er geen doden of gewonden waren gevallen tijdens deze dollemansrit. De rechtbank veroordeelt de verdachte wegens poging tot doodslag. In de bewezenverklaring wordt het opzet betrokken op “een onbekend gebleven fietser en bestuurders van andere motorrijtuigen en andere medeweggebruikers”. De rechtbank maakt bij het motiveren van opzet als volgt gebruik van het zwakke-verkeersdeelnemerargument:

“Bovendien kan verdachte zowel ten aanzien van fietsers als ten aanzien van veel andere motorrijtuigen worden gezien als een sterkere verkeersdeelnemer. De grote, zware auto van verdachte heeft immers een betere en veiligere kooiconstructie dan veel andere auto’s. Terecht heeft de officier van justitie er op gewezen dat sterke verkeersdeelnemers zich ervan bewust moeten (de rechtbank voegt hieraan toe: normaal gesproken zullen) zijn dat er zwakkere verkeersdeelnemers op de weg zijn die fouten maken. Verdachte heeft hier met zijn rijgedrag op [geen enkele wijze rekening] mee gehouden.”<sup>418</sup>

Het interessante aan deze zaak is dat de bewustheid van de aanmerkelijke kans op de dood van anderen niet wordt afgeleid uit een fataal of bijna-fataal ongeval. De rechtbank vestigt de aandacht op de grote gevaren die gepaard gaan met de dollemansrit. De rechtbank brengt het ongelijke-risicoargument in stelling door de BMW van de verdachte af te zetten tegen minder sterke motorrijtuigen en fietsers. De zaak laat zien dat een succesvolle vervolging wegens poging tot doodslag in het verkeer ook tot de mogelijkheden behoort in gevallen waarin geen concrete (potentiële) slachtoffers aanwezig zijn.

## **6.4 Doelopzet op geweld**

### **6.4.1 Inleiding**

Deze paragraaf staat in het teken van de doelbewuste geweldshandeling in het verkeer. In paragraaf 6.4.2 worden drie arresten van de Hoge Raad weergegeven. Paragraaf 6.4.3 bevat een algemene analyse met betrekking tot doelbewuste geweldshandelingen in het verkeer. Daarbij wordt met name aandacht besteed aan een in 2009 gewezen arrest van de Hoge Raad waarin een belangrijke beperking van het toepassingsbereik van het Porsche-arrest is neergelegd. In paragraaf 6.4.4 sta ik uitgebreid stil bij een veelvoorkomende gewelddadige handeling, namelijk het inrijden op politieagenten. In deze paragraaf wordt onder meer aandacht besteed aan de vraag hoe moet worden omgegaan met (late) uitwijkmanoeuvres van de verdachte.

---

<sup>418</sup> Rechtbank Den Haag 10 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI2403.

## 6.4.2 Rechtspraak

### Zaak 3a

HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475

Inrijden op agent

De verdachte kreeg als bestuurder van een auto 's nachts een vordering om te stoppen van een politieagent in uniform. De agent stond in het midden van de weg en gaf een stopteken door zijn arm recht omhoog te steken. De verdachte reed door en de agent wist een ongeval te voorkomen door opzij te springen. Het Hof bevestigde het vonnis van de rechtbank, die de verdachte had veroordeeld wegens poging tot doodslag.

Het cassatiemiddel stelt dat de bewezenverklaring niet het voor poging tot doodslag vereiste opzet inhoudt. In de in de bewezenverklaring opgenomen passage dat de verdachte wist en begreep dat de agent van het leven zou kunnen worden beroofd indien een bepaalde omstandigheid – namelijk het ijlings opzijspringen van de agent – zich niet zou voordoen, komt volgens het middel niet tot uitdrukking dat de verdachte de dood van de agent wilde noch dat de dood als zeer waarschijnlijk gevolg van zijn wijze van rijden te verwachten was. De Hoge Raad verwerpt het middel als volgt:

“[Dat] toch de automobilist, die bewust een kans om een ander omver te rijden en dan naar redelijke verwachting van het leven te beroven, zo hachelijk dat hem alleen een ijlings opzij springen van dien ander zelf nog aan haar verwerkelijking kan onttrekken, in het leven roept en blijkens zijn doorrijden blijft aanvaarden, handelt met het voor poging tot doodslag vereiste opzet;

dat weliswaar het middel daartoe wil vereisen, dat hetzij verd. den dood van V. wilde hetzij deze dood als zeer waarschijnlijk gevolg van zijn wijze van rijden te verwachten was;

dat echter het eerste daartoe niet vereist is en, wat er zij van de vraag of zulks met het laatste het geval is, inderdaad voor verd. van zijn wijze van rijden de omverrijding van V. als waarschijnlijk gevolg te verwachten was – en dan naar redelijke verwachting ook diens dood –, toen immers uitsluitend de aldus bedreigde zelf door een op het laatste moment ijlings opzijspringen het op het punt van intreden staande ongeval nog kon voorkomen[.]”

### Zaak 3b

HR 20 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2526, NJ 2004, 214

Remmen

De verdachte reed met zijn auto over een provinciale weg die uit twee rijstroken bestond. Er stonden bomen aan de kant van de weg. Nadat de verdachte een andere auto had ingehaald, ging de bestuurder van de ingehaalde auto vlak achter de verdachte rijden. Deze bestuurder trachtte de verdachte in te halen, maar dit lukte niet omdat de verdachte zijn snelheid verhoogde dan

wel geen gas terugnam. Beide bestuurders reden op een gegeven moment met een snelheid van meer dan 100 kilometer per uur vlak achter elkaar, terwijl de maximumsnelheid 80 kilometer per uur bedroeg. Op een gegeven moment zei de verdachte tegen zijn vriendin: "Ik denk dat ik zo meteen op mijn rem moet gaan staan, doe je gordel maar om". Vervolgens ging de verdachte vol op zijn rem staan. Door deze remmanoeuvre was de achterligger genoodzaakt uit te wijken, waarbij hij van de weg is geraakt en tegen een boom is aangereden. Als gevolg van deze botsing is hij ter plaatse overleden.

Het Hof veroordeelde de verdachte voor doodslag. Het cassatiemiddel stelt dat het Hof niet tot een bewezenverklaring heeft kunnen komen, omdat de verdachte door zijn handelwijze ook zelf aanmerkelijk levensgevaar had gelopen. De Hoge Raad verwierpt het middel als volgt:

"In aanmerking genomen dat, naar het Hof heeft vastgesteld, de verdachte – toen de door [het slachtoffer] bestuurde auto op zeer korte afstand achter zijn, verdachtes, auto reed op een tweebaansweg waarlangs bomen stonden, terwijl beide auto's een snelheid hadden van meer dan 100 km per uur – zich bewust van die situatie hard en onverhoeds heeft geremd, welke gedraging geëigend was [het slachtoffer] in ernstig gevaar te brengen, geeft het oordeel van het Hof dat de verdachte, aldus en onder die omstandigheden handelend, zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat [het slachtoffer] zou verongelukken en dat derhalve het opzet van de verdachte in de zin van voorwaardelijk opzet op de dood van [het slachtoffer] was gericht, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het evenmin onbegrijpelijk. De bewezenverklaring is derhalve ook voor wat betreft het bewezenverklarde opzet voldoende met redenen omkleed."

### Zaak 3c

HR 29 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4736, NJ 2010, 117

Kanaal

De verdachte maakte een autorit met zijn vrouw en hun elf maand oude dochter.<sup>419</sup> De vrouw bevond zich in de passagiersstoel en het kind bevond zich in een kinderzitje achter de verdachte. De auto belandde op den duur in het naast de weg gelegen kanaal. Op de weg was een driftspoor van circa 15,90 meter afgetekend en in de berm was een rijspoor van ongeveer 19,30 meter zichtbaar. Er werden geen remsporen aangetroffen. De vrouw verklaarde dat de verdachte haar met een uitdrukingsloze en koude blik had aangekeken, terwijl hij de auto bleef vooruitsturen in de richting van het kanaal. Toen de

<sup>419</sup> In het arrest wordt in het aangehaalde pleidooi van de raadvrouw in hoger beroep gesproken van de ex-vrouw van de verdachte. Uit het ongepubliceerde vonnis van de rechtbank en een aan de zaak gewijd krantenartikel komt echter naar voren dat de twee ten tijde van het incident met elkaar waren getrouwd. Zie Soeteman 2006, 'Met vrouw en kind kanaal in na echtscheidingperikelen'.



auto in het water was beland, heeft de verdachte zijn dochter gered. De vrouw is zelf uit de auto gezwommen. Het Hof veroordeelde de verdachte wegens poging tot doodslag op zijn vrouw, maar sprak vrij van poging tot doodslag op zijn dochter. Het Hof wijdde de volgende overweging aan het opzet:

“Met een auto met daarin [vrouw] bewust het kanaal inrijden kan naar uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht te zijn op de dood van [vrouw] dat verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard, dat [vrouw] om het leven zou komen. Het hof heeft echter niet de overtuiging dat de verdachte opzet had om zijn dochter om het leven te brengen, ook niet voorwaardelijk opzet daartoe.”

Het cassatiemiddel klaagt erover dat de bewezenverklaring ten aanzien van het bewijs van opzet onvoldoende met redenen is omkleed. In de toelichting op het middel wordt erover geklaagd dat het Hof is voorbijgegaan aan de door de raadvrouw van de verdachte aangevoerde contra-indicaties als bedoeld in HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049 (Hiv-arrest I) voor het afleiden van het opzet van de verdachte uit zijn uiterlijke gedraging.<sup>420</sup> Het gaat daarbij in het bijzonder om de contra-indicatie dat ook de verdachte zelf en zijn dochter door het te water raken van de auto ernstig gevaar liepen het leven te verliezen. De Hoge Raad acht het middel niet gegrond. De Hoge Raad vat om te beginnen vier vaststellingen van het Hof samen. Vervolgens overweegt hij als volgt:

“Het oordeel van het Hof dat de verdachte door aldus te handelen willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de zich in de door hem bestuurde auto bevindende [vrouw] door zijn toedoen zou overlijden en dat derhalve zijn opzet (voorwaardelijk) op haar dood was gericht, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk. Mede gelet op de aard van de handelingen, te weten – kort gezegd – het doelbewust met een auto met daarin [vrouw] het kanaal inrijden, was het Hof niet gehouden zijn oordeel nader te motiveren, ook niet in het licht van de door de verdediging naar voren gebrachte contra-indicaties.

De stelling dat de verdachte geen opzet had op de levensberoving van [vrouw] omdat hij niet de kans op zijn eigen dood op de koop toe heeft genomen, waartoe een beroep is gedaan op HR 15 oktober 1996, (...) NJ 1997, 199, noopte het Hof niet tot een nadere motivering, nu genoemd arrest een gevaarlijke verkeersmanoeuvre betrof, terwijl het hier blijkens 's Hofs vaststellingen niet gaat om zo een verkeersmanoeuvre maar om een doelbewuste, tegen [vrouw] gerichte geweldshandeling.

---

<sup>420</sup> Het gaat daarbij om de volgende passage: “Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.”

De in het middel aangevoerde omstandigheid dat het Hof de verdachte heeft vrijgesproken van de onder 1 eveneens tenlastegelegde poging tot doodslag op zijn [dochtertje] op de grond dat het Hof niet de overtuiging had dat de verdachte daartoe het (voorwaardelijke) opzet had, kan aan het voorgaande niet afdoen. Die vrijspraak en de daaraan gegeven motivering zijn immers niet aan het oordeel van de Hoge Raad onderworpen. Dat brengt mee dat de vraag of de motivering van de bewezenverklaring zich verdraagt met die aan de vrijspraak gegeven motivering, in cassatie niet ten toets kan komen.”

### **6.4.3 Algemene analyse: doelbewuste geweldshandelingen**

#### *6.4.3.1 Inleiding*

Deze paragraaf staat voor een belangrijk deel in het teken van een algemene analyse met betrekking tot doelbewuste geweldshandelingen in het verkeer. In paragraaf 6.4.3.2 ga ik in op de vraag in welk opzicht zaak 3b (Remmen) verschilt van het Porsche-arrest. Paragraaf 6.4.3.3 tot 6.4.3.7 zijn gewijd aan het bespreken van verschillende bijzondere aspecten die kleven aan zaak 3c (Kanaal).

#### *6.4.3.2 Het verschil tussen het Porsche-arrest en zaak 3b (Remmen)*

Zaak 3b (Remmen) en 3c (Kanaal) zijn van groot belang voor het toepassingsbereik van het Porsche-arrest. Uit het Porsche-arrest zou afgeleid kunnen worden dat de feitenrechter gehouden is de bewezenverklaring van opzet op de dood nader te motiveren in alle gevallen waarin de verdachte door zijn handelwijze ook zelf aanmerkelijk levensgevaar heeft gelopen. Het cassatiemiddel in zaak 3b (Remmen) stelt op basis van die redenering dat het Hof niet tot een bewezenverklaring van opzet had kunnen komen. De Hoge Raad verwerpt het beroep als volgt:

“In aanmerking genomen dat, naar het Hof heeft vastgesteld, de verdachte – toen de door [het slachtoffer] bestuurde auto op zeer korte afstand achter zijn, verdachtes, auto reed op een tweebaansweg waarlangs bomen stonden, terwijl beide auto’s een snelheid hadden van meer dan 100 km per uur – zich bewust van die situatie hard en onverhoeds heeft geremd, welke gedraging geëigend was [het slachtoffer] in ernstig gevaar te brengen, geeft het oordeel van het Hof dat de verdachte, aldus en onder die omstandigheden handelend, zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat [het slachtoffer] zou verongelukken en dat derhalve het opzet van de verdachte in de zin van voorwaardelijk opzet op de dood van [het slachtoffer] was gericht, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het evenmin onbegrijpelijk.

De bewezenverklaring is derhalve ook voor wat betreft het bewezenverklaarde opzet voldoende met redenen omkleed.”

De Hoge Raad hecht waarde aan het feit dat de verdachte zich bewust was van de (gevaarlijke) omstandigheden waaronder de gedraging plaatsvond en het feit dat de gedraging geëigend was het slachtoffer in ernstig gevaar te brengen. De Hoge Raad trekt vervolgens de conclusie dat het oordeel van het Hof dat “aldus en onder die omstandigheden handelend” sprake was van voorwaardelijk opzet voldoende met redenen omkleed is. De Hoge Raad laat aldus blijken dat het Hof tegen de achtergrond van deze specifieke omstandigheden geen aandacht hoefde te besteden aan de zelfbehoudsthese die ten grondslag ligt aan het Porsche-arrest.

Het is de vraag welke verschillen met het Porsche-arrest deze benadering kunnen rechtvaardigen. Het eerste verschil met het Porsche-arrest is dat in zaak 3b (Remmen) de bewustheid van de gevaarlijke situatie als vaststaand wordt aangenomen. In het Porsche-arrest wezen de bewijsmiddelen er volgens de Hoge Raad op dat geen botsing zou plaatsvinden “in de voorstelling en naar de verwachting van de verdachte”. Dat wijst erop dat de verdachte zich niet bewust was van de gevaarlijkheid van zijn inhaalmanoeuvre. Het feit dat in zaak 3b (Remmen) de bewustheid van de gevaarlijke situatie als een gegeven wordt opgevat, brengt mee dat de stap naar de bewustheid van gevaar voor anderen gemakkelijker gezet kan worden.

Het tweede verschil met het Porsche-arrest zit in de omstandigheden waaraan de Hoge Raad refereert. In dit geval is het levensgevaar voor de verdachte minder evident dan in het Porsche-arrest. In de eerste plaats wist de verdachte – anders dan de bestuurder van de achterligger – wat er ging gebeuren. Dat betekent dat hij zich kon voorbereiden op een eventuele botsing. In de tweede plaats was het incident dat daadwerkelijk plaatsvond minder gevaarlijk dan de frontale botsing in het Porsche-arrest. De achterligger in zaak 3b (Remmen) botste niet tegen de auto van de verdachte aan. Dat laat zien dat een voor de verdachte ongevaarlijke uitkomst van het incident tot de mogelijkheden behoorde.<sup>421</sup> Als ervan wordt uitgegaan dat het incident substantieel minder gevaarlijk was voor de verdachte dan voor het latere slacht-

---

<sup>421</sup> Het cassatiemiddel stelt op zichzelf beschouwd terecht dat het incident ook slechter had kunnen uitpakken voor de verdachte: “In het onderhavige geval heeft rekwirant door zijn handelswijze ook zelf aanmerkelijk levensgevaar gelopen, nu door te remmen rekwirant ook zelf de controle over zijn eigen auto zou kunnen verliezen, ofwel zou de achterliggende auto, die zo kort op rekwirant reed, ook vol op rekwirants auto kunnen inrijden.” Gegeven het feit dat deze afloop zich niet heeft verwezenlijkt, is er meer aanleiding het voorval te interpreteren als een ongelijk-risicosituatie. De afstand tussen de auto’s is kennelijk zo groot geweest dat het slachtoffer voldoende reactietijd heeft gehad om te voorkomen dat hij tegen de verdachte aanreed. In de bewezenverklaring wordt de afstand omschreven als “enkele meters, althans op korte afstand”. In de als bewijsmiddel gebruikte verklaring van de verdachte valt het volgende te lezen: “Ik schat de afstand tussen mijn auto en die van mij hooguit op 2 meter.” Op basis van alleen die gegevens zou ik de kans op een uitkomst van het incident die voor de verdachte ongevaarlijk is, beduidend kleiner inschatten.

offer, dan kan de zaak mede verklaard worden door het in paragraaf 6.3 besproken ongelijke-risicoargument.

Hierboven heb ik getracht te verklaren waarom het oordeel van de feitenrechter de door de Hoge Raad aangelegde begrijpelijkheidstoets kan doorstaan. De omstandigheid dat het oordeel van de feitenrechter cassatiebestendig is, betekent vanzelfsprekend nog niet dat het oordeel juist is, in die zin dat de verdachte werkelijk heeft beschikt over de voor doodslagopzet vereiste geestesgesteldheid. In paragraaf 8.5.4.4 zal ik zaak 3b (Remmen) bij wijze van voorbeeld analyseren in het raamwerk van de kansintegratietheorie. Ik kom daar tot de conclusie dat het bewijs van opzet niet buiten redelijke twijfel staat.

#### *6.4.3.3 De doelbewuste geweldshandeling en de motivering van opzet*

In zaak 3c (Kanaal) gaat de Hoge Raad verder op het in zaak 3b (Remmen) ingezette pad. De Hoge Raad geeft eerst aan dat het Hof ook in het licht van de door de verdediging naar voren gebrachte contra-indicaties niet gehouden was zijn oordeel nader te motiveren. Vervolgens overweegt de Hoge Raad expliciet dat de stelling dat de verdachte geen opzet had op de levensberoving van zijn vrouw omdat hij niet de kans op zijn eigen dood op de koop heeft toegenomen, het Hof niet noopte tot nadere motivering. Volgens de Hoge Raad ging het in het Porsche-arrest namelijk om “een gevaarlijke verkeersmanoeuvre”, terwijl het in deze zaak ging om “een doelbewuste, tegen [vrouw] gerichte geweldshandeling”. Deze benadering is in lijn met Advocaat-Generaal Vellinga’s conclusie in zaak 3b (Remmen). Vellinga bracht zijn oordeel dat het opzet in die zaak voldoende gemotiveerd was in verband met de omstandigheid dat de verdachte gekozen had voor “een daad van agressie jegens de bestuurder van de achter hem rijdende auto”.

De Hoge Raad expliciteert niet waarom het verschil tussen zaak 3c (Kanaal) en het Porsche-arrest rechtvaardigt dat de feitenrechter geen aandacht hoeft te besteden aan de zelfbehoudsthese. Volgens het Porsche-arrest kan de zelfbehoudsthese gefalsificeerd worden door “aanwijzingen voor het tegendeel”. Het is de vraag of de omstandigheid dat sprake is van een doelbewuste geweldshandeling jegens een ander een dergelijke aanwijzing oplevert. Dat lijkt mij niet direct het geval. Het willen plegen van geweld jegens een ander zegt op zichzelf beschouwd weinig over de mate waarin de actor zijn eigen leven waardeert. De gevaren die gepaard gaan met het met een auto een kanaal inrijden, roepen wel degelijk de vraag op hoe het aannemen van opzet op de dood van een ander zich verdraagt met de waardering van het eigen leven. Advocaat-Generaal Vellinga wijdt de volgende overweging aan deze vraag:

“Hoewel daarop zijdens verdachtes raadvrouw een beroep is gedaan, is het Hof niet ingegaan op de omstandigheid dat ook verdachte zelf en zijn dochter door te water raken van de auto ernstig – door het defect aan het portierraam nog eens extra – gevaar liepen het leven te verliezen. Die omstandigheid is,

zoals in de toelichting op het middel terecht wordt gesteld, een contraindicatie voor het door het Hof aangenomen voorwaardelijk opzet, omdat het niet voor de hand ligt dat de verdachte door zijn gevaarlijke manoeuvre een aanmerkelijke kans dat hij zelf en/of zijn dochter om het leven zouden komen op de koop toe heeft genomen. Het Hof had aan deze omstandigheid in de motivering van het opzet dus aandacht moeten geven. Dat geldt temeer nu het Hof opzet op de dood van verdachtes dochter niet bewezen heeft geacht. De kans dat zijn dochter om het leven zou komen zal immers – afgezien van het defecte portierraam – nog groter moeten worden geacht dan dat verdachte of [vrouw] het leven zou laten omdat verdachtes dochter achterin in een kinderzitje zat en daarom, gelet haar leeftijd van elf maanden, om uit de auto en uit het water te komen anders dan [vrouw] geheel van de hulp van verdachte afhankelijk moet zijn geweest. Daarom roept het oordeel van het Hof dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans op de koop heeft toegenomen dat [vrouw] om het leven zou komen, ook nog eens de vraag op hoe dit oordeel te verenigen valt met het kennelijke oordeel van het Hof dat de verdachte niet de nog grotere kans op de koop toe heeft genomen dat zijn dochter door het te water rijden van de auto het leven zou verliezen. Het oordeel van het Hof over verdachtes opzet op de dood van [vrouw] is dus niet voldoende met redenen omkleed.”<sup>422</sup>

Vellinga wijst er terecht op dat de gedraging niet alleen gevaarlijk was voor zijn naast hem zittende vrouw, maar ook voor hemzelf en zijn dochttertje. Het is nu de vraag waarom de Hoge Raad meent dat onder deze omstandigheden (een doelbewuste geweldshandeling) geen aandacht hoefde te worden besteed aan de zelfbehoudsthese. In het Porsche-arrest liep de bewijsrechtelijke redenering via een aantal stappen van het niet willen (de zelfbehoudsthese) naar het niet weten (de onbewustheidsthese): de eindconclusie was dat de verdachte zich niet bewust is geweest van het gevaar van de inhaalmanoeuvre.<sup>423</sup> In zaak 3c (Kanaal) ligt het veel minder voor de hand om een dergelijke conclusie te trekken. Als iemand doelopzet heeft op het met de auto een kanaal inrijden, dan ligt het voor de hand dat die persoon zich bewust is van de gevaren – zowel voor anderen als voor zichzelf – die met die handeling gepaard gaan. Dat brengt mee dat de zelfbehoudsthese minder goed als breekijzer kan dienen voor het aantasten van de cognitieve component.

Het arrest van de Hoge Raad is in twee opzichten van belang voor de feitenrechter. In de eerste plaats geldt dat de doelbewuste geweldshandeling een zelfstandig argument oplevert voor het bewijs van voorwaardelijk opzet op de dood. Het valt te verwachten dat doelopzet op een geweldshandeling jegens een ander gepaard gaat met bewustheid van de gevaren voor die ander. Het verdient opmerking dat bewustheid van gevaar voor een ander niet gelijkstaat aan de te bewijzen bewustheid van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander. Deze sprong is kennelijk klein genoeg om binnen de aan

---

<sup>422</sup> Voetnoten verwijderd.

<sup>423</sup> Zie paragraaf 4.5.

de feitenrechter gelaten beoordelingsruimte te blijven. Doelopzet op het mindere (geweld) kan als springplank fungeren van voorwaardelijk opzet op het meerdere (de dood). Het hoeft geen betoog dat hetzelfde heeft te gelden voor gevallen waarin de vraag is of voorwaardelijk opzet op zware mishandeling bewezen kan worden. De stap van het mindere (geweld) naar het meerdere (zwaar lichamelijk letsel) is dan nog gemakkelijker te zetten.

De tweede belangrijke consequentie van dit arrest is dat de feitenrechter ontheven wordt van de lastige taak de vraag te beantwoorden of de verdachte de kans op zijn eigen dood al dan niet heeft aanvaard. Het valt te verwachten dat doelopzet op een geweldshandeling jegens een ander onder omstandigheden die voor de verdachte zelf gevaarlijk zijn, gepaard gaat met bewustheid van de gevaren voor hemzelf. De bewijsrechtelijke assumptie die ten grondslag ligt aan het Porsche-arrest – de verdachte wil zichzelf niet in gevaar brengen – wordt derhalve tot op zekere hoogte weersproken. De intrigerende vraag waarom de verdachte kennelijk bereid is geweest zijn eigen leven in de waagschaal te stellen, blijft over. De Hoge Raad eist echter niet dat de feitenrechter de nieuwsgierigheid in dat opzicht bevredigt.

#### 6.4.3.4 *De opmerkelijke discrepantie tussen de veroordeling en de vrijspraak*

Een opmerkelijk aspect van het arrest van het Hof is dat het de verdachte vrijsprekt van opzet op de dood van zijn dochtertje, terwijl het wel opzet op de dood van zijn vrouw aanneemt. Enerzijds stelt het Hof dat met een auto met daarin zijn vrouw bewust het kanaal inrijden naar uiterlijke verschijningsvorm kan worden aangemerkt als zozeer gericht te zijn op de dood van zijn vrouw dat sprake is van voorwaardelijk opzet. Anderzijds concludeert het Hof in de daaropvolgende zin dat het niet de overtuiging heeft dat de verdachte het opzet had om zijn dochter om het leven te brengen. De Hoge Raad wenst de in het middel aangevoerde omstandigheid dat het Hof de verdachte heeft vrijgesproken van opzet op de dood van zijn dochtertje, niet in zijn beoordeling te betrekken. De Hoge Raad overweegt dat de vraag of de motivering van de bewezenverklaring zich verdraagt met de aan de vrijspraak gegeven motivering in cassatie niet ten toets kan komen, omdat de vrijspraak en de daaraan gegeven motivering niet aan het oordeel van de Hoge Raad zijn onderworpen.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad zelf het beroep van de verdachte beperkt heeft tot de voor hem onvoordelige beslissing.<sup>424</sup> Dat is in lijn met de door de Hoge Raad ontwikkelde gewoonteregels dat in zaken met meerdere, cumulatief ten laste gelegde feiten het door de verdachte zonder enige beperking ingestelde beroep in cassatie pleegt te worden opgevat als niet te zijn gericht

---

<sup>424</sup> De Hoge Raad overweegt onder punt 1 dat het beroep *kennelijk* niet is gericht tegen de vrijspraak van de cumulatief ten laste gelegde poging tot doodslag op het dochtertje.

tegen de vrijspraak van het cumulatief ten laste gelegde feit.<sup>425</sup> Het valt te begrijpen dat de Hoge Raad het cassatieberoep in een zaak als deze wenst te beperken. Het is immers zeer wel mogelijk dat de verwijzingsrechter, indien het beroep niet werd beperkt, de gesignaleerde inconsistentie zou oplossen door voor beide gevallen te veroordelen.<sup>426</sup> Dat is uiteraard niet in het belang van de verdachte. Anderzijds kan ook niet worden uitgesloten dat de verwijzingsrechter van beide gevallen zou vrijspreken. Deze kans op een voor hem gunstige beslissing wordt de verdachte door de paternalistische handelwijze van de Hoge Raad ontnomen.

De Hoge Raad lijkt ervan uit te gaan dat het tot de veroordeling beperken van het cassatieberoep noodzakelijkerwijs meebrengt dat de vrijspraak niet meer gebruikt kan worden bij de toetsing van de motivering van de veroordeling. Daar kan ook anders over gedacht worden. Het komt mij voor dat innerlijke tegenstrijdigheid tussen twee oordelen wel degelijk aanleiding zou kunnen vormen voor cassatie op grond van een motiveringsgebrek.<sup>427</sup> De conclusie van Advocaat-Generaal Vellinga kan in deze sleutel worden geplaatst. Vellinga legt de “opmerkelijke discrepantie” tussen de veroordeling en de vrijspraak mede ten grondslag aan zijn oordeel dat de veroordeling onvoldoende is gemotiveerd.

Een interessante vraag is hoe de verwijzingsrechter zou moeten oordelen over een feit dat naar hem is verwezen op grond van een dergelijk motiveringsgebrek. Volgens art. 440 lid 2 Sv dient de berechting in dat geval te geschieden met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad. Als de verwijzingsrechter consistentie zou moeten betrachten met de door een andere feitenrechter gedane onaantastbare vrijspraak, dan bevindt hij zich in een lastig parket. Het is niet gemakkelijk een motivering voor een bewezenverklaring te vinden die zich goed verdraagt met de vrijspraak. Een hypothese die het verschil mogelijk kan verklaren is dat de verdachte van begin af aan het plan kan hebben gehad zijn dochttertje te redden.<sup>428</sup> Deze redenering kan mij niet echt overtuigen. Waarom zou de verdachte de kans op het redden van zijn kind hoger inschatten dan de kans dat zijn vrouw zichzelf zou red-

---

<sup>425</sup> Zie HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1610.

<sup>426</sup> Zoals geschiedde in het later te bespreken (ongepubliceerde) vonnis van de rechtbank.

<sup>427</sup> Vgl. conclusie Advocaat-Generaal Knigge bij HR 12 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN4347.

<sup>428</sup> Vgl. conclusie Advocaat-Generaal Vellinga onder punt 17 en de noot van Keijzer onder HR 29 september 2009, NJ 2010, 117. Een andere hypothese waarmee het niet veroordelen wegens poging tot doodslag op het dochttertje zou kunnen worden verklaard, is vrijwillige terugtred. In dat geval wordt ervan uitgegaan dat de verdachte is teruggekomen op zijn oorspronkelijk bestaande intentie. Dit thema komt zo dadelijk in paragraaf 6.4.3.6 aan bod. Deze hypothese kan de uitspraak van het Hof Arnhem echter niet verklaren. In de eerste plaats had het Hof in dat geval niet moeten vrijspreken, maar had het tot een ontslag van alle rechtsvervolging moeten besluiten. In de tweede plaats lijkt de karige vrijspraakmotivering betrekking te hebben op het opzet dat voorafging aan het incident.

den?<sup>429</sup> De redenering overtuigt nog minder als in aanmerking genomen wordt dat de kans dat het kind dodelijke verwondingen oploopt als gevolg van het bruusk te water gaan hoger moet worden ingeschat dan de kans dat de vrouw dodelijke verwondingen zou oplopen.

Het is de vraag wat de verwijzingsrechter moet doen als hij zich niet in staat acht een motivering voor een bewezenverklaring te geven die zich goed verdraagt met de vrijspraak. Zou hij tegen zijn overtuiging in moeten vrijspreken? Of kan hij gewoon veroordelen, omdat het niet aangaat het onmogelijke van de verwijzingsrechter te vragen? Het laatste ligt voor de hand, maar in dat geval is het inconsistentieprobleem dat de aanleiding van de verwijzing vormde echter niet opgelost. Alles overziend valt te begrijpen waarom de Hoge Raad de niet erg begrijpelijke discrepantie tussen de veroordeling en de vrijspraak niet in zijn oordeel heeft willen betrekken. De Hoge Raad voorkomt een preciaire situatie voor de verwijzingsrechter en voorkomt tevens dat de verdachte en de slachtoffers geconfronteerd zouden worden met nieuwe beslissingen.

#### 6.4.3.5 *Het Porscheplusverweer*

Een interessant aspect van het verweer dat de verdachte in zaak 3c (Kanaal) voerde, is dat niet alleen de kans op de eigen dood als contra-indicatie werd opgevoerd. Het door de verdediging gevoerde verweer zou bestempeld kunnen worden als een Porscheplusverweer.<sup>430</sup> Naast de kans het eigen leven te verliezen, wordt ook de kans dat de dochter van de verdachte om het leven komt als contra-indicatie voor opzet opgevoerd.

Hof Leeuwarden 23 maart 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH7435 laat zich in dat opzicht met zaak 3c (Kanaal) vergelijken.<sup>431</sup> In deze zaak wilde de verdachte zijn twee jonge kinderen terughalen, die zich met vijf andere personen in een taxibusje bevonden. De verdachte achtervolgde de taxi met hoge snelheid in zijn auto. De verdachte was gedurende deze achtervolging meermalen ingereeden op het taxibusje en heeft zijn auto op een gegeven moment voor het busje dwars over de weg gezet, zodat de chauffeur van het busje zich genoodzaakt zag over de middenberm en tegen het verkeer in verder te rijden. De rechtbank achtte poging tot moord op de zeven inzittenden bewezen. Het Hof veroordeelde de verdachte echter alleen wegens poging tot doodslag op de zeven inzittenden. Het interessante aan deze zaak is dat de gedragingen van de verdachte in het bijzonder gevaarlijk waren voor zijn twee jonge kin-

<sup>429</sup> Bij een volitievare interpretatie van opzet heeft de redenering iets meer overtuigingskracht. De verdachte kan erop gehoopt hebben dat zijn kind het zou overleven, terwijl hij anderzijds erop hoopte dat zijn vrouw het niet zou overleven. Zie paragraaf 5.3.2 en 5.3.3 over volitieve interpretaties van opzet die wellicht soelaas zouden bieden.

<sup>430</sup> Zie ook paragraaf 8.5.4.2.f over het veroorzaken van dood of letsel bij geliefden.

<sup>431</sup> Zie voor de uitspraak van de rechtbank: rechtbank Assen 1 juli 2008, ECLI:NL:RBASS:2008:BD8042. Deze zaak wordt ook besproken in paragraaf 8.5.4.2.f.



deren, wier belangen hij leek te willen behartigen. In de onderstaande passages staat het Hof stil bij het gevaar voor de kinderen van de verdachte:

“Hoewel het hof aannemelijk acht dat het motief van verdachtes handelingen gelegen is geweest in het terughalen van zijn twee kinderen die ook in de personenbus zaten, heeft verdachte gezien zijn handelingen besloten om naar middelen te grijpen die de aanmerkelijke kans in het leven riepen dat de inzittenden van de personenbus om het leven zouden komen. Door zo te handelen kan het niet anders zijn geweest dan dat verdachte de gevolgen van zijn handelingen heeft aanvaard.”<sup>432</sup>

“Verdachte verkeerde op dat moment in een panieksituatie, waarin hij zelfs degenen die hem het meest dierbaar zijn, zijn twee kinderen, heeft blootgesteld aan het risico van de dood.”<sup>433</sup>

Het Hof betreft het Porscheplusverweer uitdrukkelijk bij zijn oordeelsvorming en komt uiteindelijk tot de conclusie dat de verdachte ook voorwaardelijk opzet op de dood van zijn eigen kinderen heeft gehad. Het Hof is klaarblijkelijk van mening geweest dat het motief van de verdachte – het (ongedeerd) terughalen van zijn kinderen – niet op gespannen voet staat met het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans op de dood van deze kinderen.

#### 6.4.3.6 *Vrijwillige terugtred in zaak 3c (Kanaal)*

Ik keer terug naar zaak 3c (Kanaal). Eerder werd aandacht besteed aan de vraag hoe het bewijs van opzet op de dood van de vrouw van de verdachte te verenigen viel met de vrijspraak van opzet op de dood van zijn dochtertje. Het is in dat verband interessant de aandacht te richten op het vonnis van de rechtbank. De rechtbank veroordeelde de verdachte zowel voor poging tot doodslag op zijn vrouw als voor poging tot doodslag op zijn dochtertje. Uit de strafmotivering blijkt dat de rechtbank het incident als een poging tot familicide ziet.<sup>434</sup> De rechtbank overweegt als volgt:

“Verdachte heeft door aldus te handelen op een afschuwelijke manier getracht zijn vrouw en dochter van het leven te beroven, teneinde – naar het oordeel van de rechtbank – een einde te maken aan alle echtscheidingsperikelen. Hieraan doet niet af de omstandigheid dat verdachte zijn dochter nadat zij tewater geraakt waren uit het voertuig heeft gehaald.”<sup>435</sup>

---

<sup>432</sup> Deze passage is opgenomen in de bewijsoverweging.

<sup>433</sup> Deze passage is opgenomen in de strafmotivering.

<sup>434</sup> Zie over dit thema: Mailloux 2014, ‘Fatal families: why children are killed in familicide occurrences’.

<sup>435</sup> Rechtbank Utrecht 8 maart 2006 (niet gepubliceerd).

Uit deze overweging blijkt in de eerste plaats dat de rechtbank de bewezen-verklaring van opzet niet in de sleutel plaatst van voorwaardelijk opzet. De rechtbank gaat ervan uit dat de verdachte doelopzet op de dood van zijn vrouw en kind had toen hij met de auto het kanaal inreed. Voor zover uit de overweging van de rechtbank moet worden afgeleid dat hij ook een einde wilde maken aan zijn eigen leven, valt de zaak ook in de in paragraaf 6.2 besproken categorie.

In de tweede plaats verwijst de rechtbank naar de omstandigheid dat de verdachte zijn dochter uit de auto heeft gehaald. Dit zou volgens de rechtbank niet afdoen aan de poging zijn vrouw en dochter van het leven te beroven. Het is de vraag of de rechtbank hiermee tot uitdrukking heeft willen brengen dat geen sprake is van vrijwillige terugtred. In de rest van het vonnis worden door de rechtbank geen woorden gewijd aan het leerstuk van vrijwillige terugtred.<sup>436</sup>

Al met al zou het denk ik niet voor de hand liggen vrijwillige terugtred aanwezig te achten. Volgens de Hoge Raad is voor het aannemen van vrijwillige terugtred in geval van een voltooide poging veelal een zodanig optreden van de verdachte vereist dat dit naar aard en tijdstip geschikt is het intreden van het gevolg te beletten.<sup>437</sup> De Hoge Raad vult dat criterium als volgt in:

“Bij de beantwoording van de vraag of van zodanig optreden sprake is, is mede van belang of en zo ja in welke mate het waarschijnlijk is dat het gevolg zou zijn ingetreden ná de uitvoeringshandelingen van de verdachte maar vóór de gedragingen waarop het beroep op vrijwillige terugtred is gebaseerd. Hoe waarschijnlijker een dergelijk intreden van het gevolg is, des te minder ligt het in de rede om vrijwillige terugtred aan te nemen.”<sup>438</sup>

Een complicerende factor bij het toepassen van dit criterium is dat de verdachte zelf na de uitvoeringshandeling in een positie had kunnen komen te verkeren waarin hij niet meer vrijwillig kon terugtreden. Wat dat betreft wijkt deze zaak af van de doorsnee voltooide poging waarin vrijwillige terugtred aan de orde kan komen. Het komt mij voor dat deze kans ook een argument tegen het aannemen van vrijwillige terugtred vormt. Het gaat om de kans dat de verdachte na de uitvoeringshandeling niet meer in staat is het gevolg te voorkomen. Of dat ligt aan het feit dat het kind niet meer te redden valt of aan het feit dat de verdachte niet meer in staat is reddend op te treden, doet niet ter zake. Al met al acht ik de kans op het niet meer kunnen terugtreden zo groot dat het niet voor de hand ligt vrijwillige terugtred aan te nemen.

---

<sup>436</sup> Zowel bij de tweede als bij de derde materiële vraag wordt overwogen dat geen omstandigheid aannemelijk geworden is die de strafbaarheid van het bewezen verklaarde uitsluit, zodat dit strafbaar is.

<sup>437</sup> Zie bijv. HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2169.

<sup>438</sup> HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8844.

6.4.3.7 *Besluit*

Tot slot sta ik nogmaals stil bij de bredere betekenis van zaak 3c (Kanaal). Het arrest is met name van belang voor gevallen waarin het aannemen van opzet op de dood of zware mishandeling niet of niet uitsluitend kan worden gerechtvaardigd door een andere factor, zoals ongelijkheid van risico's of opzet op de eigen dood. Daarbij moet gedacht worden aan gedragingen als het tijdens het rijden aan de handrem trekken door de bijrijder,<sup>439</sup> het rammen van een andere rijdende auto,<sup>440</sup> het snijden van een andere auto<sup>441</sup> of het klemrijden van een andere auto<sup>442</sup>. Als een doelbewuste geweldshandeling kan worden vastgesteld, dan kan de feitenrechter relatief gemakkelijk tot een bewezenverklaring van opzet op de dood komen. De feitenrechter hoeft in dat geval geen aandacht te besteden aan de hulpregel uit het Porsche-arrest. Het verdient opmerking dat een bewezenverklaring van doodslagopzet niet alleen gegrond kan worden op de vaststelling van een doelbewuste geweldshandeling. De feitenrechter dient tevens vast te stellen dat de kans op een dodelijk ongeval voldoende groot was.<sup>443</sup>

In HR 4 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY4918 wordt de lijn van de Hoge Raad bevestigd.<sup>444</sup> In deze zaak was de verdachte twee keer met hoge snelheid tegen een politievoertuig aangereden. Het Hof had de verdachte voor beide incidenten veroordeeld wegens poging tot doodslag.<sup>445</sup> In de toelichting op het cassatiemiddel werd aangevoerd dat het Hof verzuimd had bij zijn oordeel de vraag te betrekken of de verdachte al dan niet de aanmerkelijke kans op de koop heeft toegenomen dat hij door zijn manoeuvres zelf om het leven zou komen. Advocaat-Generaal Vegter concludeerde tot verworping van het beroep op basis van zaak 3c (Kanaal). De Hoge Raad deed de zaak af via art. 81 RO. Het laat zich aanzien dat de klacht de duidelijke strekking van vaste rechtspraak miskende. Dat zou betekenen dat de nuancering van de

---

<sup>439</sup> Zie rechtbank Den Bosch 14 februari 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BC4275; Hof Den Haag 14 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK5208; en rechtbank Groningen 2 september 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BN5854.

<sup>440</sup> Zie rechtbank Maastricht 22 september 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AY8696; rechtbank Alkmaar 29 december 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BV6214; en HR 4 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY4918.

<sup>441</sup> Zie rechtbank Utrecht 6 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO0306.

<sup>442</sup> Zie Hof Leeuwarden 23 maart 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH7435; rechtbank Groningen 3 februari 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BP3032; en rechtbank Maastricht 30 januari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV2224.

<sup>443</sup> Zie HR 27 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:132 en HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2075. Zie ook paragraaf 7.4.

<sup>444</sup> Zie ook HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3496 in verband met poging tot zware mishandeling.

<sup>445</sup> Rechtbank Breda 12 juli 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BN0994 had voor beide incidenten vrijgesproken van poging tot moord en doodslag en veroordeelde de verdachte voor poging tot zware mishandeling (eerste incident) en poging tot zware mishandeling gepleegd met voorbedachte raad (tweede incident).

hulpregel uit het Porsche-arrest inmiddels stevig is omarmd door de Hoge Raad.

#### **6.4.4 Bijzondere analyse: inrijden op politieagenten**

##### *6.4.4.1 Inleiding*

In deze paragraaf zal ik uitgebreid aandacht besteden aan een speciale categorie binnen de categorie doelopzettelijke geweldshandelingen. Het gaat daarbij in het bijzonder om het inrijden op politieagenten. Het spreekt echter vanzelf dat de in deze paragraaf ondernomen analyse tevens van belang is voor het inrijden op andere personen.

In paragraaf 6.4.4.2 sta ik stil bij het inrijden op agenten in het algemeen. Zaak 3a (Inrijden op agent) staat daarin centraal. In paragraaf 6.4.4.3 besteed ik aandacht aan het feit dat in de feitenrechtspraak zeer verschillend wordt omgegaan met het bedreigend inrijden op agenten. Ik probeer een verklaring te bieden voor het optreden van deze verschillen. In paragraaf 6.4.4.4 ga ik in op het belang van het vaststellen van bewustzijn bij de verdachte van de aanwezigheid van het slachtoffer. Daarbij wordt bijzondere aandacht besteed aan de vraag of de bewuste aanvaarding kan worden bewezen indien alleen kan worden vastgesteld dat de verdachte het slachtoffer op een laat moment heeft gezien. Paragraaf 6.4.4.5 is ten slotte gewijd aan uitwijkmanoeuvres van de verdachte. Hier komt onder meer de vraag aan de orde hoe een uitwijkmanoeuvre zich verhoudt tot het opzet en de vrijwillige terugtred.

Het is van belang op te merken dat ik in deze paragraaf alleen een verklaring tracht te bieden voor de rechtspraak van de Hoge Raad en feitenrechtters. De paragraaf laat onder meer zien hoe feitenrechtters tot een cassatiebestendige veroordeling wegens poging tot doodslag voor het inrijden op een agent zouden kunnen komen. Het laatste hoofdstuk van dit boek is gewijd aan een kritische evaluatie van de feitenrechtspraak. In paragraaf 8.3 zal ik de opvatting verdedigen dat veroordelingen wegens poging tot doodslag voor het inrijden op een agent in de regel op gespannen voet staan met het in dubio pro reo-beginsel.

##### *6.4.4.2 Inrijden als gewelddadige handeling*

Zaak 3a (Inrijden op agent) vormt een schoolvoorbeeld van de zaken waaraan deze paragraaf is gewijd. In deze zaak was de verdachte ingereken op een agent die hem een stopteken had gegeven. De agent kon een ongeval voorkomen door ijlings opzij te springen.

Het arrest van de Hoge Raad zou als een voorloper van het Ciceroarrest, waarin voorwaardelijk opzet werd geaccepteerd, kunnen worden gezien.<sup>446</sup>

---

<sup>446</sup> HR 9 november 1954, NJ 1955, 55.

In zijn noot onder zaak 3a (Inrijden op agent) stelde Rölöng weliswaar onomwonden dat het arrest niet als een aanvaarden van voorwaardelijk opzet kon worden gezien, maar Rölöng ging uit van een andere interpretatie van voorwaardelijk opzet dan tegenwoordig gebruikelijk is. Rölöng definieerde voorwaardelijk opzet aan de hand van het aan Frank ontleende criterium: zou de verdachte ook bij zekerheid omtrent de dood hebben gehandeld?<sup>447</sup> Als echter met de huidige bril naar het arrest van de Hoge Raad wordt gekeken, dan komt de volgende overweging toch aardig dicht in de buurt van voorwaardelijk opzet:

“[Dat] het onderdeel b tevergeefs betoogt, dat dit bewezene niet inhoudt het voor poging tot doodslag vereiste opzet; dat toch de automobilist, die bewust een kans om een ander omver te rijden en dan naar redelijke verwachting van het leven te beroven, zo hachelijk dat hem alleen een ijlings opzij springen van dien ander zelf nog aan haar verwerkelijking kan onttrekken, in het leven roept en blijkens zijn doorrijden blijft aanvaarden, handelt met het voor poging tot doodslag vereiste opzet[.]”

Het ‘bewust aanvaarden van een hachelijke kans’ wordt door de Hoge Raad onder het opzet geschaard. Deze formulering komt dicht in de buurt van het ‘bewust aanvaarden van een aanmerkelijke kans’, zoals voorwaardelijk opzet tegenwoordig door de Hoge Raad wordt gedefinieerd.<sup>448</sup>

Een na de zojuist geciteerde passage opgenomen overweging werpt mogelijk een iets ander licht op deze kwestie. In het cassatiemiddel werd de stelling betrokken dat voor opzet vereist is dat de dood “als zeer waarschijnlijk gevolg van zijn wijze van rijden te verwachten was”. Deze stelling moet vermoedelijk begrepen worden tegen de achtergrond van de feitelijke taxatie dat het opzijspringen van de agent zo waarschijnlijk was dat geen sprake meer kan zijn van opzet.<sup>449</sup> De Hoge Raad laat de inhoudelijke component van het middel in het midden (“wat er zij van de vraag of [dat] het geval is”) en overweegt ten aanzien van de feitelijke component dat “inderdaad voor verd. van zijn wijze van rijden de omverrijding van V. als waarschijnlijk gevolg te verwachten was – en dan naar redelijke verwachting ook diens dood –, toen immers uitsluitend de aldus bedreigde zelf door een op het laatste moment ijlings opzijspringen het op het punt van intreden staande ongeval nog kon voorkomen”.<sup>450</sup> De Hoge Raad laat zich derhalve niet uit over de vraag of genoeg genomen mag worden met minder dan waarschijnlijkheidsbewustzijn, maar geeft aan dat die vraag hier niet van belang is omdat aangenomen moet worden dat de verdachte wel degelijk over waarschijnlijkheidsbewustzijn beschikte.

---

<sup>447</sup> Zie over de twee criteria van Frank: paragraaf 5.3.2 en 5.3.3.

<sup>448</sup> Zie HR 23 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2767.

<sup>449</sup> Deze interpretatie is te vinden in de conclusie van Advocaat-Generaal Langemeijer.

<sup>450</sup> In de conclusie valt te lezen dat deze duiding steun vindt in de overweging van de rechtbank dat “dat dodelijk gevolg hoogst waarschijnlijk was”.

Ik laat de vraag hoe dit arrest zich verhoudt tot de acceptatie van voorwaardelijk opzet verder voor wat zij is en verplaats de aandacht naar de aard van de gedraging. Het inrijden op de agent laat zich goed plaatsen in de door de Hoge Raad in zaak 3c (Kanaal) gegeven karakterisering. In die zaak contrasteert de Hoge Raad een 'doelbewuste jegens een ander gerichte geweldshandeling' met een 'gevaarlijke verkeersmanoeuvre'. Het spreekt voor zich dat het inrijden op een agent niet gekarakteriseerd kan worden als een verkeersmanoeuvre. De gedraging kan op zijn minst beschouwd worden als het bedreigen met de dood of met geweld. Vanuit taalkundig oogpunt zou wellicht betwist kunnen worden of een bedreiging zelf reeds kan worden gezien als een gewelddadige handeling, maar in het licht van de door de Hoge Raad opgevoerde tegenstelling lijkt me dat hier niet op grote bezwaren te stuiten.

#### 6.4.4.3 *Verschillende benaderingen in de feitenrechtspraak*

##### 6.4.4.3.a *Inleiding*

In de feitenrechtspraak wordt zeer verschillend omgegaan met het bedreigend inrijden op agenten of andere gezagsdragers. Het gebeurt met enige regelmaat dat veroordeeld wordt wegens poging tot doodslag.<sup>451</sup> Het bedreigend inrijden wordt dan in de sleutel van voorwaardelijk opzet op de dood geplaatst. In andere gevallen wordt de verdachte alleen veroordeeld wegens poging tot zware mishandeling.<sup>452</sup> Ook in dat geval wordt gebruikgemaakt van voorwaardelijk opzet. Ook komt het voor dat de verdachte uitsluitend wordt veroordeeld wegens bedreiging met een misdrijf.<sup>453</sup> Ten slotte wordt in sommige gevallen in het geheel geen veroordeling uitgesproken voor een common opzetdelict in verband met het bedreigend inrijden.<sup>454</sup>

Het is de vraag waarom in de rechtspraak zo verschillend wordt omgegaan met het bedreigend inrijden op gezagsdragers. Een mogelijke verklaring is gelegen in de aard van de gedraging. Het inrijden op gezagsdragers kan op uiteenlopende wijzen vorm krijgen. De snelheid van de inrijdende auto, de bewegingsrichting van de inrijdende auto (vooruit of achteruit), de hoeveel-

<sup>451</sup> Zie bijv. HR 26 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2794; rechtbank Almelo 8 februari 2005, ECLI:NL:RBALM:2005:AS5259; rechtbank Alkmaar 6 februari 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:AZ7879; Hof Den Bosch 21 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC8051; rechtbank Roermond 2 september 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BE9648; rechtbank Groningen 7 december 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BK5584; en rechtbank Oost-Brabant 8 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1552.

<sup>452</sup> Zie bijv. HR 26 november 1957, NJ 1958, 356; HR 15 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA7888; en rechtbank Limburg 27 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:654.

<sup>453</sup> Zie bijv. HR 3 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD9986; rechtbank Dordrecht 23 juni 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU0259; en Hof Amsterdam 31 augustus 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN5606 (feit 2).

<sup>454</sup> Zie bijv. HR 27 november 1973, NJ 1974, 54; rechtbank Rotterdam 7 juli 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AT9865; en rechtbank Zwolle-Lelystad 28 oktober 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BG3697.

heid tijd die de bedreigde gegund wordt zich uit de voeten te maken, de ruimte die de bedreigde heeft om uit te wijken, de mobiliteit van de bedreigde en het al dan niet initiëren van een uitwijkmanoeuvre door de inrijder zijn belangrijke factoren bij het duiden van de gevaarlijkheid van de gedraging. Verwacht zou mogen worden dat er een positief verband bestaat tussen de gevaarlijkheid van de gedraging en de zwaarte van het commune delict waarvoor is veroordeeld. Het bestuderen van de gepubliceerde rechtspraak heeft echter geen duidelijke aanwijzingen opgeleverd voor het bestaan van een dergelijk verband.

Voor zover de aard van de gedraging geen verklaring kan bieden voor de gesignaleerde verschillen, lijkt de verklaring te moeten worden gevonden in de wijze waarop de gedraging door de feitenrechter wordt getaxeerd. Ik maak in dat verband onderscheid tussen twee archetypische benaderingen. In de eerste benadering wordt veel gewicht gehecht aan de grote kans dat de bedreigde uiteindelijk opzij zal springen, zodat de kans op het intreden van het gevolg niet bijzonder groot moet worden geacht. Deze benadering kan verklaren waarom wordt vrijgesproken van poging tot doodslag en – in mindere mate – poging tot zware mishandeling. In de tweede benadering wordt de nadruk gelegd op de bijzondere ernst van dit type bedreiging. De bedreiger neemt bij het inrijden namelijk een voorschot op het daadwerkelijk effectueren van de bedreiging. Als de bedreigde niet opzijspringt, dan zal de bedreiger het gevolg veelal moeilijk kunnen voorkomen. In deze benadering wordt de aandacht meer gericht op de situatie die zich zou voordoen als de bedreigde niet opzij was gesprongen. Het is mijn indruk dat veroordelingen wegens poging tot doodslag en poging tot zware mishandeling tot op zekere hoogte worden verklaard door deze benadering. In de volgende twee paragrafen zal ik achtereenvolgens ingaan op beide benaderingen. Vervolgens besteed ik kort aandacht aan de rechtspraak van de Hoge Raad.

#### *6.4.4.3.b Vrijspraken verklaard: een kleine kans op de dood*

In de eerste benadering wordt de aandacht gericht op het moment dat de bedreiging een aanvang neemt. Vanuit een objectief perspectief lijkt de kans dat de bedreigde opzij zal springen bijzonder groot te moeten worden geacht.<sup>455</sup> Het laat zich aanzien dat het zelfbehoudinstinct op enig moment tot een uitwijkmanoeuvre van de bedreigde zal nopen. Als ervan uitgegaan wordt dat de uitwijkmanoeuvre waarschijnlijk succesvol zal zijn, dan brengt dat mee dat de kans op de dood klein is.<sup>456</sup> Het lijkt redelijk te veronderstellen dat de subjectieve kansgrootte vergelijkbaar is met de objectieve kansgrootte.<sup>457</sup> Het valt te verwachten dat de bedreiger de kans op een succesvolle

---

<sup>455</sup> Zie ook paragraaf 8.3.3.

<sup>456</sup> In paragraaf 6.4.4.5 sta ik stil bij de gevaren die verbonden zijn aan de uitwijkmanoeuvre van de bedreigde in verband met een late uitwijkmanoeuvre van de bedreiger.

<sup>457</sup> Zie ook paragraaf 8.3.6.

uitwijkmanoeuvre van de bedreigde en de daarmee samenhangende kans op de dood op vergelijkbare wijze zal taxeren. Dat brengt mee dat hoogstens gezegd kan worden dat de bedreiger een zeer kleine – niet-aanmerkelijke – kans op de dood heeft aanvaard. In dat geval dient vrijgesproken te worden van opzet op de dood.

Rechtbank Amsterdam 6 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7942 kan in deze sleutel worden geplaatst. De verdachte werd verweten dat hij in een wilde rit door het centrum van Amsterdam op meerdere politieagenten was ingerezen. De rechtbank spreekt vrij van poging tot doodslag, omdat hij aanneemt dat geen sprake is van een aanmerkelijke kans op de dood. De rechtbank acht de aanmerkelijke kans op het intreden van zwaar lichamelijk letsel en de bewuste aanvaarding daarvan echter wel bewezen. De rechtbank motiveert de vrijspraak als volgt:

“Er zijn [onvoldoende] aanknopingspunten aanwezig om vast te kunnen stellen dat verdachte door zijn handelen zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans op de dood van de vier verbalisanten, [aangever] en [getuige 1]. Het met een te hoge snelheid voor een veilig verkeer ter plaatse door een drukke straat rijden in de richting van personen die op de weg staan is weliswaar gevaarzettend, maar brengt in het algemeen geen aanmerkelijke kans met zich mee dat die personen tengevolge daarvan dusdanig worden verwond dat zij komen te overlijden.”

Hoewel de rechtbank dat niet expliciet in zijn motivering opneemt, zal de omstandigheid dat mensen zich uit het pad van een aansnellend voertuig plegen te manoeuvreren (mede) ten grondslag aan deze conclusie liggen.<sup>458</sup> Een interessant aspect van deze zaak is dat de verdachte verweten wordt in korte tijd op zes verschillende personen te hebben ingerezen. In de bewezenverklaring van de poging tot zware mishandeling staat dat alle zes personen “ternauwernood opzij konden springen om een aanrijding te voorkomen”.<sup>459</sup> Het spreekt voor zich dat de kans op de dood hoger moet worden ingeschat als alle zes incidenten bij de kansinschatting worden betrokken. Gebruikmaking van de in paragraaf 6.6 te bespreken anterieur-opzetconstructie zal in dit soort gevallen eerder nopen tot het aannemen van opzet. De psychische

---

<sup>458</sup> De rechtbank laat het bij de constatering dat geen sprake is van een aanmerkelijke kans in objectieve zin en gaat niet expliciet in op de psychische gesteldheid van de verdachte. Als de aanwezigheid van een aanmerkelijke kans in objectieve zin als een noodzakelijke voorwaarde voor voorwaardelijk opzet wordt gezien, dan bestaat er geen noodzaak apart aandacht te besteden aan de psychische gesteldheid van de verdachte. Als evenwel uitgegaan wordt van de opvatting dat het opzet geen objectief kansvereiste heeft, dan is de redenering niet volledig. De afwezigheid van een aanmerkelijke kans moet dan als een bewijsrechtelijke indicatie worden gezien dat de verdachte geen aanmerkelijke kans heeft voorzien (en aanvaard). Zie paragraaf 7.3 over deze kwestie. Rechtbank Assen 29 juli 2010, ECLI:NL:RBASS:2010:BV2241 bevestigt wel expliciet aandacht aan beide aspecten.

<sup>459</sup> Bij de kwalificatie wordt echter geen meerdaadse samenloop aangenomen.



gesteldheid van de actor wordt dan betrokken op de aanmerkelijke kans dat *een verkeersdeelnemer* tijdens de gevaarlijke rit het leven zou laten.<sup>460</sup> De omstandigheid dat de kans op de dood in ieder individueel geval niet aanmerkelijk wordt ingeschat, staat dan niet in de weg aan het aannemen van opzet.

Het verdient opmerking dat vrijspraken over het algemeen niet al te uitgebreid worden gemotiveerd. Het is daarom vaak niet goed te achterhalen waarom precies vrijgesproken is van poging tot doodslag bij het bedreigend inrijden op gezagsdragers.<sup>461</sup> Het merendeel van de vrijspraken laat zich naar mijn inschatting verklaren door de omstandigheid dat de feitenrechter in de specifieke omstandigheden van dat geval niet de overtuiging heeft bekomen dat sprake is van een aanmerkelijke kans op de dood.<sup>462</sup> De omstandigheid dat mensen opzij plegen te gaan en de omstandigheid dat (lang) niet elke aanrijding dodelijk is, zullen daarvoor belangrijke verklarende factoren zijn.

Wat geldt voor poging tot doodslag, geldt tot op zekere hoogte ook voor poging tot zware mishandeling. De grote kans op opzijspringen kan ook nopen tot de conclusie dat geen sprake is van een aanmerkelijke kans op zwaar lichamelijk letsel. Dat neemt niet weg dat de kans op zwaar lichamelijk letsel groter is dan de kans op de dood.<sup>463</sup> Het kan zich daarom voordoen dat de kans op de dood niet aanmerkelijk wordt geacht, maar dat de aanmerkelijke kans op zwaar lichamelijk letsel wel aanwezig wordt geacht.<sup>464</sup>

#### 6.4.4.3.c *Veroordelingen verklaard: de bijzondere aard van de bedreiging*

Het is nu de vraag hoe de veroordelingen wegens poging tot doodslag kunnen worden verklaard. Een belangrijke verklarende factor zou wel eens gelegen kunnen zijn in de bijzondere ernst van dit type bedreiging. De gedraging van het blijven inrijden op een persoon die zich in het pad van de auto bevindt, wijkt af van typische vormen van bedreiging. Als een bedreiging plaatsvindt, dan is het normaal gesproken aan de keus van de bedreiger of hij de bedreiging waarmaakt indien het bedreigingsdoel niet wordt gerealiseerd. Bij het

---

<sup>460</sup> In paragraaf 6.6.2.5.d besteed ik aandacht aan de cumulatie van kansen.

<sup>461</sup> Zie bijv. rechtbank Amsterdam 24 juni 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ2368, waarin de vrijspraak als volgt wordt gemotiveerd: “Naar het oordeel van de rechtbank is niet komen vast te staan dat verdachte welbewust op [de verkeersregelaar] is ingereeden met het opzet hem dood te rijden of zwaar lichamelijk letsel toe te brengen. Dat [de verkeersregelaar] een grote angst voelde en het gevoel had te moeten wegspringen, acht de rechtbank voorstelbaar maar verandert niets aan de intentie van verdachte, die (...) de rechtbank als bedreigend van aard zal kwalificeren.”

<sup>462</sup> Zie bijv. Hof Den Bosch 27 augustus 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB4261 (feit 3); rechtbank Amsterdam 21 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU6262; en rechtbank Limburg 26 september 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:7710.

<sup>463</sup> Daarbij wordt ervan uitgegaan dat de dood noodzakelijkerwijs gepaard gaat met zwaar lichamelijk letsel; dood en zwaar lichamelijk letsel worden derhalve niet als elkaar uitsluitende categorieën gezien.

<sup>464</sup> Zie bijv. rechtbank Limburg 26 september 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:7710.

inrijden op een persoon zijn het bedreigingsdoel (opzijgaan) en het bedreigingsobject (dood of letsel) nauw met elkaar verbonden. Als het bedreigingsdoel niet wordt gerealiseerd, dan treedt het bedreigingsobject bijkans automatisch in. De bedreiger zal er veelal moeilijk meer voor kunnen kiezen om het bedreigingsobject toch niet in te laten treden. Hij neemt als het ware een voorschot op het daadwerkelijk effectueren van de bedreiging. Deze karakteristiek van het inrijden zorgt ervoor dat het als een zeer ernstige vorm van bedreiging kan worden bestempeld.

Als de aard van de bedreiging bij de beoordeling van opzet wordt betrokken, dan zal de aandacht meer worden gericht op de situatie die zich zou voordoen *als* de bedreigde niet opzij was gesprongen. De anterieur gemaakte keus om in dat geval (mogelijk) dood of letsel te veroorzaken, komt dan centraal te staan. Het is de vraag hoe dit perspectief zich verhoudt tot de vraag of sprake is van een aanmerkelijke kans en de bewuste aanvaarding daarvan. Het komt in de praktijk regelmatig voor dat de feitenrechter de aanwezigheid van de aanmerkelijke kans relateert aan de situatie waarin wél een aanrijding plaatsvindt. De volgende overweging van rechtbank Alkmaar 6 februari 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:AZ7879 kan als illustratie dienen:<sup>465</sup>

“Door met een snelheid van naar schatting 70 kilometer per uur op de agenten in te rijden, waarbij die agenten teneinde een aanrijding te voorkomen genoodzaakt waren om weg te springen voor de auto en waarbij die auto hen op minder dan 1 meter voorbij suisde, stelde verdachte zich willens en wetens bloot aan de aanmerkelijke kans dat hij die agenten met zijn auto zou aanrijden en dat zij daardoor dodelijk letsel zouden oplopen. De kans dat iemand bij een aanrijding door een auto die met zo hoge snelheid rijdt dodelijk letsel oploopt, is bovendien een kans die naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk is te achten. Verondersteld mag worden dat ook bij verdachte ten tijde van het inrijden wetenschap bestond van de aanmerkelijke kans dat zulk een gevolg kon intreden. Door desondanks aldus te handelen heeft verdachte die aanmerkelijke kans ook aanvaard en op de koop toe genomen.”

De rechtbank relateert de aanmerkelijke kans op de dood aan het geval dat een aanrijding plaatsvindt. Vervolgens wordt de wetenschap en de aanvaarding van die aanmerkelijk geachte kans in één moeite door aan de verdachte toegeschreven. Het is gemakkelijk in te zien dat de redenering van de rechtbank ondeugdelijk is.<sup>466</sup> De kans op de dood kan benaderd worden door de kans op een aanrijding te vermenigvuldigen met de kans dat een aanrijding

---

<sup>465</sup> Zie voor vergelijkbare kansredeneringen: rechtbank Maastricht 22 september 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AY8696 (feit 2); Hof Leeuwarden 8 september 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ7111; rechtbank Amsterdam 6 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7942 (standpunt officier van justitie); rechtbank Oost-Brabant 8 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1552; en HR 27 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:132.

<sup>466</sup> Zie ook paragraaf 8.3.7.

dodelijk is.<sup>467</sup> Als de kans op een aanrijding klein moet worden geacht, dan heeft dat derhalve grote invloed op de kansgrootte ten aanzien van de dood. Indien de kans dat een aanrijding dodelijk is bij wijze van voorbeeld op 50 procent gesteld wordt en de kans op een aanrijding op 1 procent wordt gesteld, dan is de kans op de dood slechts 0,5 procent. Dat betekent dat de kans op de dood toch niet aanmerkelijk geacht kan worden.

De rechtbank laat een zeer invloedrijke kansverlagende factor – de mogelijkheid dat de agenten opzij zullen springen – buiten beschouwing. De rechtbank taxeert de kans op de uitkomst die in werkelijkheid plaatsvond, namelijk het opzijspringen van de agenten, impliciet op 0 procent. De kans op het plaatsvinden van een aanrijding wordt dan impliciet op 100 procent gesteld. Het is gemakkelijk in te zien dat de kans op de dood zo op kunstmatige wijze hoog wordt gehouden. De redenering van de rechtbank laat zich vergelijken met de redenering dat de kans dat een bepaald persoon de Staatsloterij wint immens is *als* de notaris het lot van deze persoon trekt.

#### 6.4.4.3.d De cassatiebestendigheid van de verschillende uitkomsten

In de vorige twee paragrafen heb ik twee benaderingen besproken die zouden kunnen verklaren waarom in de feitenrechtspraak zo verschillend wordt omgegaan met het bedreigend inrijden op gezagsdragers. De verschillende uitkomsten lijken alle binnen de cassatievrije zone te vallen. Het aannemen van opzet op de dood bij het inrijden op een persoon wordt reeds sinds 1951 door de Hoge Raad geaccepteerd.<sup>468</sup> Het feit dat de Hoge Raad art. 81 dan wel art. 80a RO toepast, suggereert dat klachten over het niet bewezen kunnen achten van opzet op de dood de duidelijke strekking van vaste rechtspraak miskennen. Het aannemen van opzet op zware mishandeling wordt eveneens door de Hoge Raad geaccepteerd.<sup>469</sup> Het hoeft geen betoog dat deze jurisprudentie van de Hoge Raad niet in de weg staat aan het vrijspreken van poging tot doodslag of poging tot zware mishandeling.

Het kan zich ook voordoen dat alleen veroordeeld wordt voor een minder zwaar feit in gevallen waarin geen zwaarder feit door het Openbaar Ministerie ten laste is gelegd. HR 3 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD9986 is in dat verband interessant. Het Hof had de verdachte veroordeeld wegens

---

<sup>467</sup> Andere factoren die de dood zouden kunnen veroorzaken, zoals de omstandigheid dat de agent na het wegspringen komt te overlijden als gevolg van de schrik, worden buiten beschouwing gelaten. De kans dat de dood door dit soort factoren wordt veroorzaakt, lijkt verwaarloosbaar klein.

<sup>468</sup> Zie HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475; HR 26 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2794 (art. 101a RO oud); HR 21 oktober 2003, 02614/02 (art. 81 RO; aangehaald in conclusie Advocaat-Generaal Vellinga bij HR 28 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4455); HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1586 (art. 81 RO); HR 21 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1265 (art. 81 RO); HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2781 (art. 80a RO); en HR 20 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2893 (art. 80a RO).

<sup>469</sup> Zie HR 26 november 1957, NJ 1958, 356; HR 15 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA7888; en HR 16 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG2189.

bedreiging. Het Hof had vastgesteld dat de verdachte met hoge snelheid op agenten was ingereden en dat de agenten waren weggesprongen om te voorkomen dat zij zouden worden overreden. Het cassatiemiddel klaagt erover dat opzet op bedreiging niet uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid, omdat daaruit alleen had kunnen worden afgeleid dat sprake was van opzet op de dood van de agenten en van poging tot doodslag. De Hoge Raad overweegt dat het Hof opzet op de bedreiging uit de bewijsmiddelen heeft kunnen afleiden en dat dit oordeel verder niet in cassatie kan worden getoetst. De zaak illustreert dat het Openbaar Ministerie niet altijd even hoog inzet. In dit soort ernstige zaken is het zeer wel mogelijk dat de feitenrechter voor een zwaarder delict had veroordeeld indien het Openbaar Ministerie tot tenlastelegging daarvan was overgegaan.

#### 6.4.4.4 *Bewustzijn van de aanwezigheid van het slachtoffer*

In de vorige paragraaf is gebleken dat de Hoge Raad het aannemen van opzet op de dood of zware mishandeling accepteert. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad wel degelijk eisen stelt aan de motivering van het opzet. De stap van het inrijden op een persoon naar het opzet van de inrijder kan alleen worden gezet als vaststaat dat de inrijder zich bewust is geweest van de aanwezigheid van het slachtoffer. In HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:664 overwoog de Hoge Raad dat opzet op de dood bij een inrijder niet zonder meer kon worden afgeleid uit de bewijsmiddelen, omdat de bewijsvoering niets inhield “omtrent enige wetenschap of bewustzijn bij de verdachte van de aanwezigheid van de aangeefster ter plekke.”

In HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY5326 kon de bewijsvoering van het Hof wel door de beugel. Het Hof had poging tot zware mishandeling bewezen verklaard, omdat de verdachte op een zandheuvel achteruit was ingereden op twee agenten die zich dicht achter de auto van de verdachte bevonden. De Hoge Raad motiveerde zijn oordeel dat de bewuste aanvaarding toereikend was gemotiveerd als volgt:

“In de bewijsoverweging ligt immers besloten dat het naar het oordeel van het Hof niet anders kan zijn dan dat de verdachte wist dat de verbalisanten zich achter zijn auto bevonden, in aanmerking genomen hetgeen het Hof heeft vastgesteld met betrekking tot hetgeen zich direct voorafgaand aan het ‘incident’ heeft voorgedaan, de omstandigheid dat het Hof de andersluidende verklaring van de verdachte over de plaats waar de verbalisanten zich bevonden ongeloofwaardig heeft bevonden en de verwijzing van het Hof naar de verklaring van de verdachte in hoger beroep dat hij de agenten niet dood wilde hebben, maar dat hij wilde voorkomen dat hij werd aangehouden.”

In deze zaak werd door de verdachte aangevoerd dat de agenten zich naast dan wel voor zijn auto hadden bevonden in plaats van achter zijn auto. Daarmee werd uiteraard impliciet betwist dat de verdachte *wist* dat de agenten

zich achter zijn auto hadden bevonden. Het Hof ging niet expliciet in op de wetenschap van de verdachte, maar liet het bij de feitelijke constatering dat de agenten zich wel degelijk achter de auto van de verdachte hadden bevonden. Volgens de Hoge Raad lag het bewustzijn van de verdachte evenwel besloten in de bewijsvoering van het Hof, waarbij de Hoge Raad mede acht sloeg op de bovengenoemde feitelijke constatering van het Hof.

Alles overziend zal het in de praktijk niet zo moeilijk zijn voor de feitenrechter om de vereiste wetenschap in de bewijsvoering naar voren te laten komen. De omstandigheid dat het slachtoffer goed zichtbaar is geweest op een moment dat de verdachte nog tot anders handelen in staat was, zal in de regel volstaan. Als de bewijsvoering echter in het geheel niets inhoudt over de wetenschap, zoals het geval was bij het als eerste besproken arrest, dan kan zij niet door de beugel.

Het spreekt voor zich dat opzet in dit soort gevallen niet kan worden bewezen als niet blijkt dat de verdachte het slachtoffer op enig moment heeft gezien. Van bewustheid en – in het voetspoor daarvan –aanvaarding van het opzet-object kan dan geen sprake zijn. Een interessante vraag is of de bewuste aanvaarding kan worden bewezen in het geval dat alleen kan worden vastgesteld dat de verdachte het slachtoffer op een laat moment heeft gezien.

HR 11 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3149 verdient in dat verband bespreking.<sup>470</sup> De verdachte reed, nadat hij en de bijrijder betrapt waren bij een diefstal, met aanmerkelijke snelheid op een poort af die gesloten werd door een vrouw. De vrouw werd, al dan niet middels de rolpoort, met grote kracht geraakt door de auto en raakte als gevolg daarvan ernstig gewond. De verdachte had verklaard dat “hij die poort zag toen ze tien meter voor de poort waren, dat de poort langzaam dicht ging en dat hij zag dat er een vrouw bij de poort stond van wie hij [dacht] dat ze de poort wel zal hebben dichtgeschoven, dat de auto net door de poort kon, dat hij zag dat de vrouw achteruit viel en dat hij de vrouw voor zich aangereden zag worden”. Het Hof betreft deze verklaring als volgt in zijn bewijsmotivering van het opzet:

“Uit het vorenstaande blijkt dat [verdachte] (...) heeft gezien – ook al was dat maar kort vóór de poort – dat de rolpoort werd dichtgeschoven door een vrouw die zich bij het uiteinde van die poort bevond, dat er nog maar een smalle en kleiner wordende doorgang was aan de ene zijde waarvan zich die vrouw bevond, dat [verdachte] niet heeft afgeremd of uitgeweken maar het risico heeft genomen door de kleiner wordende opening, waar naar hij wist het slachtoffer stond, weg te rijden. Daarmee heeft [verdachte] bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat het slachtoffer rechtstreeks door de auto of door middel van de poort zou worden aangereden. Gelet op de snelheid en de

---

<sup>470</sup> Zie ook rechtbank Den Bosch 10 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP7288; rechtbank Den Bosch 10 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP7290 (bijrijder); Hof Den Bosch 1 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX8741; en Hof Den Bosch 1 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX8736 (bijrijder).

massa van de auto had zo'n aanrijding gemakkelijk tot de dood van het slachtoffer kunnen leiden. De kans op overlijden van het slachtoffer was dus aanmerkelijk.

Het opzet van [verdachte] was dus, ten minste in de zin van voorwaardelijk opzet, gericht op de dood van het slachtoffer."

De Hoge Raad meent – evenals Advocaat-Generaal Knigge – dat het oordeel van het Hof nadere motivering behoeft. De Hoge Raad overweegt het volgende over de hierboven weergegeven vaststelling van het Hof:

"Een en ander vormt evenwel, in het licht van het gevoerde verweer dat samengevat inhoudt dat de verdachte pas een fractie van een seconde voor de botsing met het hek [slachtoffer 2] heeft waargenomen, onvoldoende grond voor het oordeel dat de verdachte met voorwaardelijk opzet heeft gehandeld. Hetgeen het Hof dienaangaande voorts nog heeft overwogen maakt dat niet anders. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat de gebezigde bewijsmiddelen elementen bevatten die de lezing van de verdachte ondersteunen, zoals dat de verdachte slechts zo'n tien meter voor de poort heeft waargenomen dat deze langzaam dichtging, terwijl hij met aanmerkelijke snelheid reed."

De Hoge Raad zet niet uiteen welke dieperliggende reden ten grondslag ligt aan het motiveringsgebrek. Het antwoord op die vraag laat zich afleiden uit de conclusie van Advocaat-Generaal Knigge. Knigge wijst er terecht op dat het in de gegeven omstandigheden zeer waarschijnlijk is dat een botsing niet meer te vermijden was op het moment dat de verdachte het slachtoffer waarnam. Volgens Knigge kan er dan – zelfs als wel sprake zou zijn van een kwalijke intentie – geen sprake meer zijn van opzet in strafrechtelijke zin. Een kwalijke gezindheid die niet gerelateerd is aan een eigen strafrechtelijk relevante gedraging – aan een op dat moment bestaande keuzemogelijkheid tot anders handelen – levert volgens Knigge geen opzet op.

Deze analyse stemt overeen met wat ik in paragraaf 4.7 heb uiteengezet over het analytische verband tussen de cognitieve en de volitieve component. Ik stelde daar de vraag aan de orde of de cognitieve opzettheorie – waarin geen zelfstandige rol is weggelegd voor de volitieve component – noopt tot het aannemen van opzet indien een treinmachinist iemand op de rails ziet stappen, terwijl hij zich realiseert dat hij een dodelijke aanrijding niet meer kan voorkomen. Ik betoogde dat dat niet het geval is. Een psychische gesteldheid kan alleen als opzet bestempeld worden als zij gericht is op een relatie tussen de actor en een bepaalde toestand.<sup>471</sup> Bij doodslag dient de psychische gesteldheid van de actor gericht te zijn op het feit dat *hij* een ander (mogelijk) van het leven zal beroven. Dat doet zich voor als de actor meent dat hij zou

<sup>471</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 380-381, 387-388 en 418-420.

kunnen kiezen voor een andere optie (voorgestelde controle).<sup>472</sup> Controle maakt noodzakelijkerwijs deel uit van het opzet-object – datgene waar de psychische act op gericht is. Een treinmachinist die zich bewust is van de aanmerkelijke kans dat de trein iemand zal doden, heeft derhalve geen opzet op de dood als hij denkt dat hij het niet in zijn macht heeft dat gevolg te vermijden. Er is geen sprake van ‘weten’ zoals vereist is voor strafrechtelijk opzet.

Als de verdachte zich tijdens het rijden naar de poort inderdaad pas in een zeer laat stadium bewust werd van het feit dat hij wel eens iemand zou kunnen aanrijden, dan kan inderdaad geen sprake meer zijn van opzet. De vereiste bewustheid dat hij controle heeft over het zich al dan niet manifesteren van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander is dan niet aanwezig. De enkele bewustheid van de omstandigheid dat er een aanmerkelijke kans op de dood van de ander bestaat, is onvoldoende. Dat is niet anders als de verdachte de aanwezigheid van die kans positief zou waarderen. Aanvaarding van een kans die zich buiten de invloedssfeer van de verdachte bevindt, levert geen aanvaarding in de zin van voorwaardelijk opzet op.

#### 6.4.4.5 *Uitwijkmanoeuvres van de verdachte*

Er is nog één aspect van het bedreigend inrijden dat aandacht verdient. Hoe moet worden omgegaan met de omstandigheid dat de bedreiger op het laatste moment een uitwijkmanoeuvre heeft ingezet? HR 15 januari 2008, ECLI: NL:HR:2008:BA7888, NJ 2008, 609 is in dat verband van belang. In deze zaak had het Hof de verdachte veroordeeld wegens poging tot zware mishandeling.<sup>473</sup> De verdachte had in de nacht, met gedoofde lichten, met toenemende snelheid en terwijl hij gas bleef geven op een agent ingereden. Het Hof gebruikte de volgende verklaring van de verdachte als bewijsmiddel: “Ik ben gas blijven geven tot ik vlakbij de politieagent was. Ik ben daarna naar links uitgeweken omdat ik hem niet wilde raken. Ik kon niet voorzien wat de politieagent ging doen.” Het Hof ging bij de verwerping van een verweer als volgt in op deze omstandigheid:

---

<sup>472</sup> Knigge wekt in sommige passages in zijn conclusie de indruk dat het hem ook te doen is om het daadwerkelijk anders kunnen handelen. Voor zover hij dat bedoelt, is sprake van een verschil in opvatting. In de praktijk zal doorgaans worden aangenomen dat echte controle (of de afwezigheid daarvan) en voorgestelde controle (of de afwezigheid daarvan) met elkaar samengaan. In de studeerkamer kan dit uiteenlopen: de actor die een dodelijk ongeval nog denkt te kunnen vermijden, hoewel dat in werkelijkheid (waarschijnlijk) niet had gekund, heeft mijns inziens opzet op de dood als hij niet probeert het ongeval te vermijden.

<sup>473</sup> Uit het niet bij dit arrest gepubliceerde beroepschrift kan afgeleid worden dat de verdachte in eerste aanleg is veroordeeld wegens poging tot doodslag en dat hij in hoger beroep daarvan is vrijgesproken.

“Naar het oordeel van het hof heeft de verdachte zich, door in het donker met een auto met gedoofde lichten met toenemende snelheid recht op [slachtoffer] af te blijven rijden en gas te blijven geven tot hij vlak voor [slachtoffer] was, willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat hij [slachtoffer] zou raken en dat hij hem daarbij zwaar lichamelijk letsel zou toebrengen. De verdachte heeft door aldus te handelen bewust de aanmerkelijke kans aanvaard en op de koop toegenomen, dat [slachtoffer], in een reactie als gevolg op verdachtes handelen, weg zou springen in een andere richting dan door de verdachte voorzien of wellicht ten val zou komen en daarbij door de uitwijkende auto geraakt zou worden met zwaar lichamelijk letsel als mogelijk gevolg, zoals ook volgt uit zijn hiervoor weergegeven verklaring. De verdachte kon immers niet voorzien hoe [slachtoffer] op zijn handelen zou reageren, hetgeen door de verdachte ook ter terechtzitting in hoger beroep is bevestigd.”

Het cassatiemiddel klaagt er onder meer over dat de motivering van opzet onbegrijpelijk is. In de toelichting op het middel wordt de onbegrijpelijkheid in verband gebracht met de als bewijsmiddel opgenomen verklaring van de verdachte dat hij de agent niet wilde raken en dat hij daarom is uitgeweken.<sup>474</sup> De Hoge Raad acht het middel ongegrond en geeft daarvoor de volgende motivering:

“Tegen de achtergrond van ’s Hofs vaststellingen (...) geeft zijn oordeel dat de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de politieagent (...) zwaar lichamelijk letsel zou bekomen, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, ook niet in het licht van de verklaring van de verdachte dat hij, naar links is uitgeweken omdat hij hem niet wilde raken, aangezien dit uitwijken zoals het Hof heeft vastgesteld, eerst geschiedde toen hij vlak voor [slachtoffer] was.”

Het is interessant het oordeel van de Hoge Raad af te zetten tegen de opvatting van Advocaat-Generaal Vellinga. Hij meent dat de in de bewijsmiddelen opgenomen verklaring van de verdachte in zijn algemeenheid niet redengevend is voor het bewijs. Vellinga verwijst daarbij naar een arrest van de Hoge Raad waarin een verklaring van de verdachte niet redengevend was geacht voor het bewijs van opzet.<sup>475</sup> Het ging in dat geval om een verklaring die wees op de afwezigheid van cognitie (“Ik dacht toen nergens aan. Ik heb toen niet aan [slachtoffer] gedacht”). Vellinga betoogt dat hetzelfde heeft te gelden voor de verklaring van de verdachte in de onderhavige zaak. In dit geval gaat het echter om een verklaring die wijst op de afwezigheid van volitie (“Ik ben daarna naar links uitgeweken omdat ik hem niet wilde raken”). Vellinga omschrijft het gebrek aan redengevendheid als volgt: “Met het willens en wetens aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat de verdachte met zijn auto de

<sup>474</sup> Dit blijkt uit het niet bij dit arrest gepubliceerde beroepschrift.

<sup>475</sup> Zie HR 20 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV8241.



politieagent zou raken en dat hij hem daarbij zwaar lichamelijk letsel zou toebrengen valt immers niet te verenigen dat de verdachte de politieagent niet wilde raken en daartoe ook daadwerkelijk – en mogelijk tijdig – uitweek.” In een voetnoot verwijst hij naar een arrest van de Hoge Raad waarin een latere handeling van de verdachte – het uit de tram proberen te schoppen van een aangestoken rotje – mede als een contra-indicatie voor opzet op mishandeling werd opgevat.<sup>476</sup>

Het is de vraag hoe het verschil tussen het oordeel van de Hoge Raad en de conclusie van Vellinga valt te verklaren. Het verschil lijkt op het eerste gezicht te verklaren door een andere duiding van het feitencomplex. Volgens Vellinga vindt de overweging van het Hof dat de verdachte “op het laatste moment” is uitgeweken – voor zover daarmee is bedoeld dat deze uitwijkmanoeuvre op een zo laat moment plaatsvond dat deze aan het bewijs van het (voorwaardelijk) opzet niet kan afdoen – geen steun in de bewijsmiddelen. De bewijsmiddelen houden volgens Vellinga namelijk niet in dat de uitwijkmanoeuvre van de verdachte niet effectief is geweest, omdat daaruit niet blijkt dat de agent door tijdig weg te springen heeft kunnen voorkomen dat hij geraakt werd. De Hoge Raad ziet dit kennelijk anders. Hij neemt de vaststelling van het Hof dat de uitwijkmanoeuvre eerst geschiedde toen hij vlak voor het slachtoffer was juist als uitgangspunt van zijn redenering.

Toch kan de andere duiding van het feitencomplex het verschil niet geheel verklaren. Onder punt 15 bespreekt Vellinga de kennelijke opvatting van het Hof dat de verdachte pas is uitgeweken toen hij al zo dicht bij de politieagent was en zo snel reed dat de aanmerkelijke kans bestond dat zijn uitwijkmanoeuvre geen resultaat zou hebben. De agent zou immers in een andere richting kunnen wegspringen dan door de verdachte was voorzien of de agent zou ten val kunnen komen zodat hij toch door de uitwijkende auto geraakt zou worden. Daaruit heeft het Hof volgens Vellinga kennelijk geconcludeerd dat de verdachte, nu hij niet kon voorzien hoe de politieagent op zijn rijgedrag zou reageren, ook die aanmerkelijke kans bewust op de koop heeft toegenomen. Vellinga meent dat het Hof ook bij deze duiding van het feitencomplex tot nadere motivering was gehouden. Het Hof laat na te verklaren hoe het willens en wetens aanvaarden valt te verenigen met de verklaring van de verdachte dat hij de politieagent niet wilde raken.

Het is nu de vraag hoe Vellinga’s opvatting, uitgaande van de omstandigheid dat de verdachte pas uitweek toen hij heel dicht bij het slachtoffer was, zich verhoudt tot de opvatting van de Hoge Raad. Vellinga acht het bewijs van opzet zonder nadere motivering onverenigbaar met de verklaring van de verdachte, terwijl de Hoge Raad geen nadere motivering vereist. De Hoge Raad overweegt dat de verklaring van de verdachte dat hij naar links is uitgeweken omdat hij het slachtoffer niet wilde raken het opzetoordeel niet onbegrijpelijk maakt. De Hoge Raad motiveert dat op basis van de feitelijke omstandigheid dat de verdachte pas laat is uitgeweken. De Hoge Raad laat

---

<sup>476</sup> Zie HR 15 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6569.

onbesproken waarom deze feitelijke omstandigheid relevant is voor het bewijs van opzet. De volgende uit vijf stappen opgebouwde redenering zou wellicht een verklaring kunnen opleveren:

1. Het Hof heeft niet onbegrijpelijk geoordeeld dat de verdachte voorwaardelijk opzet op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel had op enig moment vóór het inzetten van de uitwijkmanoeuvre. Het Hof leidt dit opzet af uit het in het donker met een auto met gedoofde lichten met toenemende snelheid recht op het slachtoffer af blijven rijden en het gas blijven geven tot hij vlak voor het slachtoffer was.
2. Het Hof heeft dit vóór het inzetten van de uitwijkmanoeuvre gelokaliseerde opzet tevens niet onbegrijpelijk betrokken op de uitwijkmanoeuvre. Het Hof betreft de bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans namelijk ook op de omstandigheid dat de agent “in een reactie als gevolg op verdachtes handelen, weg zou springen in een andere richting dan door de verdachte voorzien of wellicht ten val zou komen en daarbij door de uitwijkende auto geraakt zou worden”.
3. Voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg is verenigbaar met het hebben van doelopzet op het vermijden van datzelfde gevolg. Het willen vermijden van een gevolg sluit niet uit dat de aanmerkelijke kans op het gevolg wordt aanvaard.
4. Het ligt voor de hand dat een inrijder die voorwaardelijk opzet op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel heeft, tevens doelopzet heeft op het vermijden van dat gevolg. Een inrijder die aan de politie wenst te ontkomen, heeft weinig belang bij een aanrijding met alle mogelijke gevolgen van dien (eigen dood of letsel, gepakt worden, beschadiging van de auto of strafrechtelijke dan wel civielrechtelijke aansprakelijkheid).<sup>477</sup> Het valt daarom te verwachten dat een inrijder zal trachten een aanrijding te voorkomen door te remmen of uit te wijken indien de bedreiging onverhoopt geen succes mocht hebben.
5. De omstandigheid dat de inrijder op het laatste moment opzij stuurde met het doel een aanrijding te voorkomen, staat niet op gespannen voet met het in stap 1 omschreven oordeel dat sprake was van voorwaardelijk opzet vóór het inzetten van de uitwijkmanoeuvre. Om te beginnen is er geen conceptuele onverenigbaarheid: voorwaardelijk opzet op een gevolg is verenigbaar met doelopzet op het vermijden van datzelfde gevolg (stap 3). Daarnaast is er geen praktische onverenigbaarheid. In de eerste plaats is het inzetten van een uitwijkmanoeuvre precies het gedrag dat verwacht mag worden in deze situatie (stap 4). In de tweede plaats maakte de uitwijkmanoeuvre in de ogen van het Hof deel uit van

---

<sup>477</sup> Zie ook paragraaf 8.5.4.

het opzet-object van de bestuurders opzet (stap 2). In deze lezing is de late uitwijkmanoeuvre dus niet te beschouwen als een (te laat ingezette) poging tot vrijwillige terugtred. De uitwijkmanoeuvre vormt een onderdeel van het plan van de verdachte om de risico's van zijn gedrag beperkt te houden. Zo gezien maakt de uitwijkmanoeuvre van de verdachte dus deel uit van het begin van uitvoering als bedoeld in art. 45 Sr.<sup>478</sup>

De omstandigheid dat het opzet in dit geval reeds vóór het inzetten van de uitwijkmanoeuvre was gelokaliseerd, speelt een essentiële rol in de redenering. Indien dat namelijk niet het geval was, dan zou de in paragraaf 6.4.4.4 besproken tegenwerping op de loer liggen. Een inrijder die zich alleen vlak vóór of tijdens een in te zetten uitwijkmanoeuvre realiseert dat er een aanmerkelijke kans bestaat dat de uitwijkmanoeuvre tot zwaar lichamelijk letsel leidt, heeft geen opzet. De voor opzet vereiste bewustheid dat hij controle heeft over het zich al dan niet manifesteren van de aanmerkelijke kans, is dan niet aanwezig.

Er is een tamelijk complexe redenering nodig om te kunnen verklaren waarom het laat uitwijken met het doel het gevolg te voorkomen zich in dit geval laat verenigen met het aannemen van voorwaardelijk opzet. Tegen deze achtergrond wekt het verbazing dat de Hoge Raad meende dat het Hof niet tot nadere motivering was gehouden. Het is bepaald niet vanzelfsprekend dat een late uitwijkmanoeuvre geen contra-indicatie voor voorwaardelijk opzet oplevert. Vellinga's conclusie dat het Hof gehouden was tot nadere motivering valt daarom goed te begrijpen.

Het arrest van de Hoge Raad is in lijn met het eerder gewezen arrest HR 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1591. In die zaak had de verdachte een politieagent aangereden, maar had hij op het laatste moment getracht een aanrijding te voorkomen door naar links te sturen. De Hoge Raad overwoog dat de op het laatste moment ingezette ontwijkingsmanoeuvre niet kon afdoen aan het bewijs van opzet op zware mishandeling.<sup>479</sup> Daaraan lag volgens de Hoge Raad ten grondslag dat de verdachte was weggereden en doorgereden ondanks de wetenschap dat er zich ongeveer zes politieagenten rond zijn auto moesten bevinden. Uit de laatste toevoeging blijkt dat het opzet ook in dit geval (mede) werd gelokaliseerd vóór het inzetten van de uitwijkmanoeuvre.

Ik zal nu stilstaan bij de vraag wat het belang van deze jurisprudentie is voor de feitenrechter die over vergelijkbare gevallen dient te oordelen. Een feiten-

---

<sup>478</sup> Mevis betoogt in zijn noot onder HR 15 januari 2008, NJ 2008, 609 dat het vroeg lokaliseren van opzet meebrengt dat de uitwijkmanoeuvre als vrijwillige terugtred zou moeten worden beoordeeld. Dat pleit volgens hem tegen deze lezing. In de door mij verdedigde benadering maakt de uitwijkmanoeuvre deel uit van het plan van de verdachte, zodat de manoeuvre toch niet beoordeeld hoeft te worden als vrijwillige terugtred.

<sup>479</sup> Advocaat-Generaal Machielse meende dat het opzet niet uit de gebezigde bewijsmiddelen was af te leiden.

rechter die ervan overtuigd is dat sprake is van opzet op zware mishandeling doet er goed aan zijn motivering in twee stappen op te bouwen. In de eerste plaats dient in de motivering tot uitdrukking te komen dat reeds vóór het inzetten van de uitwijkmanoeuvre sprake was van voorwaardelijk opzet. Daarbij dient in het bijzonder aandacht te worden besteed aan factoren die de gevaarlijkheid van de gedraging onderstrepen (snelheid, acceleratie, niet remmen, situatie ter plaatse, e.d.). Daarnaast kan acht worden geslagen op het na de zojuist besproken arresten gewezen arrest 3c (Kanaal).<sup>480</sup> De doel-opzettelijke geweldshandeling (bedreiging met de dood of zware mishandeling) kan als springplank voor het vaststellen van voorwaardelijk opzet dienen.

De tweede stap in de motivering behelst dat uiteengezet wordt dat de uitwijkmanoeuvre pas op een laat moment plaatsvond. De uitwijkmanoeuvre kan dan in de sleutel worden geplaatst van het plan van de verdachte om de risico's van zijn gedrag beperkt te houden. In deze benadering maakt de uitwijkmanoeuvre deel uit van het begin van uitvoering, zodat de manoeuvre niet opgevat kan worden als vrijwillige terugtred.

De twee arresten van de Hoge Raad waarin een late uitwijkmanoeuvre centraal stond, hebben beide betrekking op opzet op zware mishandeling. Het is de vraag of deze jurisprudentie toegepast kan worden op gevallen waarin opzet op de dood bewezen is verklaard. Ik meen dat die vraag in beginsel bevestigend beantwoord moet worden. Daarbij is van belang dat veroordelingen wegens poging tot doodslag bij het inrijden op een agent op zichzelf beschouwd de cassatietoets kunnen doorstaan.<sup>481</sup> Als zich een late uitwijkmanoeuvre voordoet, dan kan bij poging tot doodslag in beginsel dezelfde redenering worden gevolgd als bij poging tot zware mishandeling. Daarbij moet wel worden aangetekend dat gevaarverlagende manoeuvres eerder tot gevolg hebben dat de kans op de dood niet-aanmerkelijk wordt dan het geval is ten aanzien van de kans op zwaar lichamelijk letsel. Als het plan van de verdachte om de risico's van zijn gedrag beperkt te houden door eventueel uit te wijken zo opgevat wordt dat geen aanmerkelijke kans op de dood wordt voorzien, dan kan opzet op de dood uiteraard niet bewezen worden.

Het spreekt vanzelf dat de hier besproken jurisprudentie van de Hoge Raad niet in de weg staat aan het vrijspreken van poging tot doodslag of poging tot zware mishandeling. Het staat de feitenrechter in beginsel vrij om een uitwijkmanoeuvre of een remmanoeuvre als een contra-indicatie voor opzet op de dood of zwaar lichamelijk letsel op te vatten. Rechtbank Zwolle-Lelystad

<sup>480</sup> HR 29 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4736, NJ 2010, 117. Zie paragraaf 6.4.3.

<sup>481</sup> Zie HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475; HR 26 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2794 (art. 101a RO oud); HR 21 oktober 2003, 02614/02 (art. 81 RO; aangehaald in conclusie Advocaat-Generaal Vellinga bij HR 28 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4455); HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1586 (art. 81 RO); HR 21 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1265 (art. 81 RO); HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2781 (art. 80a RO); en HR 20 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2893 (art. 80a RO).

28 oktober 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BG3697 kan als illustratie dienen.<sup>482</sup> De verdachte stond terecht voor poging tot doodslag en poging tot zware mishandeling wegens het inrijden op een politieagent. De rechtbank baseert de vrijspraak voor beide feiten onder meer op het feit dat de verdachte een uitwijkmanoeuvre had ingezet:

“Verdachte en zijn vriendin verklaren dat verdachte al naar de linkerrijbaan was uitgeweken ruim voordat de auto de plek waar aangever stond had bereikt. Aangever alsmede de getuige [X] verklaren dat de auto pas is uitgeweken ter hoogte van de plek waar aangever stond alvorens deze opzij sprong. Hoewel aldus niet met volle zekerheid de vraag kan worden beantwoord of verdachte de [uitwijkmanoeuvre] tijdig heeft ingezet, kan worden aangenomen dat dit is gebeurd in de nabijheid van de plek waar aangever stond. In de omstandigheid dát verdachte naar links is uitgeweken ziet de rechtbank een belangrijke aanwijzing dat verdachte nadrukkelijk een aanrijding heeft willen voorkomen.”

In de benadering van de rechtbank vormt de uitwijkmanoeuvre vermoedelijk een indicatie voor het feit dat de verdachte op geen enkel moment – dus ook niet vóór het inzetten van de uitwijkmanoeuvre – heeft beschikt over voorwaardelijk opzet. Ware dat anders geweest, dan had de rechtbank de vraag onder ogen moeten zien hoe het eerder gelokaliseerde opzet zich verhoudt tot de later gelokaliseerde afwezigheid van opzet.

Rechtbank Maastricht 19 juni 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW8722 besteedt wel (impliciet) aandacht aan deze verhouding bij een geval van inrijden. De rechtbank sprak vrij van poging tot doodslag en poging tot zware mishandeling. Daaraan lag ten grondslag dat niet kon worden vastgesteld of het delict niet voltooid was ten gevolge van omstandigheden *afhankelijk* van de wil van de verdachte (uit vrije wil afbuigen) of ten gevolge van omstandigheden *onafhankelijk* van de wil van de verdachte (afbuigen onder invloed van een schot van een andere agent). Alleen als vastgesteld zou kunnen worden dat het laatste het geval was, zou de gedraging volgens de rechtbank poging tot doodslag kunnen opleveren.

De rechtbank lijkt het leerstuk van de vrijwillige terugtred te hebben benaderd alsof de afwezigheid ervan een te bewijzen bestanddeel van de poging betrof (zoals tot de wetswijziging van 1994 het geval was). In het huidige stelsel is de vrijwillige terugtred geen negatief bestanddeel van de poging, maar leidt het aannemen ervan tot een ontslag van alle rechtsvervolging.<sup>483</sup> Het daarbij in aanmerking te nemen criterium is de aannemelijk-

---

<sup>482</sup> Zie ook rechtbank Rotterdam 7 juli 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AT9865 (derde incident) en rechtbank Middelburg 3 februari 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BQ1728.

<sup>483</sup> De vrijwillige terugtred is opgenomen in art. 46b Sr. Er wordt verschillend gedacht over de aard van de exceptie. De Hullu 2015, ‘Materieel strafrecht’, p. 421 geeft er de voorkeur aan de vrijwillige terugtred te behandelen als een strafuitsluitingsgrond. Knigge & Wolswijk 2015, ‘Het materiële strafrecht’, p. 68 en 249 spreken van een kwalificatie-uitsluitingsgrond.

heid.<sup>484</sup> Tegen de achtergrond daarvan kan de vraag worden gesteld of de rechtbank niet tot een veroordeling had moeten komen. Het laat zich goed denken dat vrijwillige terugtred enerzijds niet kan worden uitgesloten, maar dat de aanwezigheid ervan anderzijds niet aannemelijk is.<sup>485</sup>

De uitspraak van de rechtbank laat in elk geval zien dat een uitwijkmanoeuvre ook op een andere manier kan worden geduid. Een uitwijkmanoeuvre zou kunnen worden opgevat als een vrijwillige terugtred (art. 46b Sr) van poging tot doodslag dan wel zware mishandeling. In dat geval moet aan de volgende vier hieronder te bespreken vereisten zijn voldaan.

In de eerste plaats moet vóór de uitwijkmanoeuvre zijn voldaan aan de vereisten van de poging in de zin van art. 45 Sr. Het gaat daarbij om opzet (voornemen) en een begin van uitvoering. Als nog geen sprake is van een poging, dan levert de tenlastelegging geen strafbaar feit op waarvan vrijwillig kan worden teruggetreden. Als de uitwijkmanoeuvre in een heel vroeg stadium plaatsvindt, dan is het de vraag of al sprake is van een begin van uitvoering (nog afgezien van de vraag of in dat geval wel sprake is van opzet).<sup>486</sup>

In de tweede plaats geldt dat het onvoltooid blijven van het misdrijf aan de uitwijkmanoeuvre te wijten moet zijn geweest. Als de bedreigde zich reeds uit de voeten heeft gemaakt, dan kan het beroep op vrijwillige terugtred niet meer slagen. Het onvoltooid blijven van het misdrijf is dan immers niet te wijten geweest aan een van de wil van de bedreiger afhankelijke omstandigheid. Dat betekent dat niet voldaan is aan het centrale element van art. 46b Sr.

In de derde plaats is vereist dat de in de uitwijkmanoeuvre besloten liggende intentie om het delict niet te voltooien haar voornaamste oorzaak vindt in omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk. Deze vraag stond centraal bij het bovenbesproken oordeel van de rechtbank. Als de uitwijkmanoeuvre primair verklaard moet worden door de omstandigheid dat iemand op de auto schoot, dan kan het onvoltooid blijven van het misdrijf niet redelijkerwijs worden toegerekend aan een van de wil van de bedreiger afhankelijke omstandigheid.<sup>487</sup>

<sup>484</sup> Vgl. De Hullu 2015, 'Materieel strafrecht', p. 421.

<sup>485</sup> Vgl. Van Dijk 2013, 'Retributivist arguments against presuming innocence: answering to Duff', p. 256-258 over het gat tussen de overtuigingsmaatstaf die geldt voor de bewijsvraag en de aannemelijkheidsmaatstaf die geldt voor de beoordeling van excepties. Zie HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9975, waarin de Hoge Raad casseerde, omdat de feitenrechter een te strenge maatstaf (in dubio pro reo) aanlegde bij de beoordeling van een exceptie.

<sup>486</sup> Als nog geen sprake is van een begin van uitvoering maar wel van opzet, dan zou de gedraging onder voorbereiding (art. 46 Sr) kunnen vallen. In dat geval kan vrijwillig worden teruggetreden van de voorbereiding. In de praktijk wordt de voorbereiding echter nooit ten laste gelegd in dit soort gevallen.

<sup>487</sup> Vgl. De Hullu 2015, 'Materieel strafrecht', p. 422. In HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2169 overwoog de Hoge Raad dat "van buiten komende factoren die mede ertoe hebben geleid dat het misdrijf niet is voltooid, niet aan vrijwillige terugtred in de weg behoeven te staan."

Bij het vierde vereiste voor het aannemen van vrijwillige terugtrekking moet acht worden geslagen op jurisprudentie van de Hoge Raad. Volgens de Hoge Raad is voor het aannemen van vrijwillige terugtrekking in geval van een voltooid poging veelal een zodanig optreden van de verdachte vereist dat dit naar aard en tijdstip geschikt is het intreden van het gevolg te beletten.<sup>488</sup> Strikt gezien is in dit geval geen sprake van een voltooid poging. Er wordt wel aangenomen dat een voltooid poging zich voordoet indien de actor zijnerzijds alles heeft ondernomen om het delict te voltooien.<sup>489</sup> De inrijder die de bedreigde vlak genaderd is, heeft nog niet alles ondernomen om het delict te voltooien. Anderzijds geldt evenwel dat hij geen nieuwe handelingen meer hoeft te verrichten, zoals wel het geval pleegt te zijn bij de typische onvoltooid poging. Als de inrijder zijn voet op het gaspedaal houdt en het stuur in dezelfde positie houdt, dan zou het delict zich kunnen voltooien. Er is – net als bij de meeste voltooid pogingen – een min of meer actieve handeling van de actor nodig om het gevaar te doen wijken. De gedraging van het inrijden zou bestempeld kunnen worden als een semi-voltooid poging. Tegen deze achtergrond lijkt het verdedigbaar dat ook in dit geval een zodanig optreden vereist is dat dit naar aard en tijdstip geschikt is het intreden van het gevolg te beletten. In HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8844 vult de Hoge Raad dit criterium als volgt in:

“Bij de beantwoording van de vraag of van zodanig optreden sprake is, is mede van belang of en zo ja in welke mate het waarschijnlijk is dat het gevolg zou zijn ingetreden ná de uitvoeringshandelingen van de verdachte maar vóór de gedragingen waarop het beroep op vrijwillige terugtrekking is gebaseerd. Hoe waarschijnlijker een dergelijk intreden van het gevolg is, des te minder ligt het in de rede om vrijwillige terugtrekking aan te nemen.”

Als de geciteerde uitwerking van het criterium op deze situatie wordt toegepast, dan zou dat een argument voor het aannemen van vrijwillige terugtrekking opleveren. Het is niet bijzonder waarschijnlijk dat het gevolg reeds zou intreden ná de uitvoeringshandeling van de verdachte (inrijden) maar vóór de gedraging waarop het beroep op vrijwillige terugtrekking is gebaseerd (uitwijkmanoeuvre). De kans dat de bedreigde door de schrik of door het ijlings opzijspringen gewond raakt of komt te overlijden, moet niet heel hoog worden ingeschat.

De uitwerking van het criterium in HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8844 heeft evident betrekking op de vraag of de gedraging *qua tijdstip* geschikt is het intreden van het gevolg te beletten. Dit aspect was ook specifiek van belang voor de gedraging in die zaak (het doorsnijden van de remkabel van een auto en het een uur later waarschuwen van de eigenaar). De andere component van het criterium heeft betrekking op de vraag of de gedraging *naar haar aard* geschikt is het intreden van het gevolg te beletten. Deze

<sup>488</sup> Zie bijv. HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2169.

<sup>489</sup> Vgl. Knigge & Wolswijk 2015, ‘Het materiële strafrecht’, p. 220.

component van het criterium zou ook betrokken kunnen worden bij de uitwerking aan de hand van een waarschijnlijkheidscriterium. De relevante vraag lijkt mij dan in hoeverre de kans op het intreden van het gevolg wordt verminderd door het optreden van de verdachte.<sup>490</sup> Waar het om gaat is of de gedraging waarop het beroep op vrijwillige terugtred is gebaseerd de kans op het gevolg substantieel doet verminderen.

Het tijdstip waarop de uitwijkmanoeuvre wordt geïnitieerd, is van groot belang voor de kansverandering die de uitwijkmanoeuvre bewerkstelligt. Des te later de uitwijkmanoeuvre wordt ingezet, des te groter is de kans dat de uitwijkmanoeuvre niet het beoogde resultaat zal hebben. Ik acht het plausibel dat uiterst laat uitwijken door de inrijder niet veel minder gevaarlijk of zelfs gevaarlijker is dan het geheel niet uitwijken. Het valt immers te verwachten dat de bedreigde op enig tijdstip een kant op zou springen. Als de inrijder niets doet, dan wordt de bedreigde in beginsel niet geraakt; als de inrijder echter opzij stuurt, dan is er een reële kans dat de bedreigde dezelfde kant opspringt zodat hij alsnog wordt geraakt. Als deze analyse juist is, dan volgt daaruit dat de gedraging waarop het beroep op vrijwillige terugtred is gebaseerd (een uiterst late uitwijkmanoeuvre) de kans op het gevolg in onvoldoende mate doet verminderen, zodat het niet in de rede ligt vrijwillige terugtred aan te nemen.

Uit de bovenstaande analyse volgt dat het vierde vereiste van vrijwillige terugtred, waarbij het de vraag is of de gedraging naar aard en tijdstip geschikt is het intreden van het gevolg te beletten, het meest problematisch is.

<sup>490</sup> Het waarschijnlijkheidscriterium in HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8844 heeft betrekking op de kans op het gevolg als zodanig. Het is de vraag of dit criterium houdbaar is. Het lijkt mij veeleer van belang in hoeverre de gedraging waarop het beroep op vrijwillige terugtred is gebaseerd de kans op het gevolg *doet verminderen*. Laten we de kans dat het doorsnijden van een remkabel tot de dood leidt zonder inmenging van de actor (waarschuwen na afloop) arguendo op 10 procent stellen. Er zijn immers allerlei scenario's denkbaar waarin het doorsnijden van de remkabel niet tot de dood leidt (ontdekking vóór het rijden; ontdekking terwijl nog nauwelijks gevaar bestaat; het optreden van een niet-dodelijk ongeval; e.d.). Waar het om gaat is of de gedraging waarop het beroep op vrijwillige terugtred is gebaseerd de (ex ante beoordeelde) kans op het gevolg *substantieel* doet verminderen. Iemand die één seconde na het doorsnijden van de remkabel waarschuwt, vermindert de kans met circa 100 procent; iemand die pas na één jaar waarschuwt, vermindert de kans met circa 0 procent; bij de tussenliggende tijdstippen zal de kansvermindering tussen deze waarden in liggen. Het lijkt mij weinig zinvol de kansvermindering (bijvoorbeeld 50 procent) te combineren met de kans op het gevolg zonder inmenging van de actor (arguendo op 10 procent gesteld) om zo de resulterende kans op het gevolg te berekenen (in casu 5 procent). Dat zou namelijk betekenen dat vrijwillige terugtred minder snel moet worden aangenomen indien de kans op het gevolg zonder inmenging van de actor groter is, aangezien de kans dat het gevolg intreedt vóór de gedraging waarop het beroep op vrijwillige terugtred is gebaseerd dan groter is. Daarbij kan gedacht worden aan een autobom die zeker tot de dood leidt indien de auto gestart wordt. Ik zie geen reden een waarschuwing in dat geval anders te beoordelen dan bij het doorsnijden van de remkabel (*ceteris paribus*). Het in de hoofdt tekst geformuleerde criterium, dat tevens betrekking heeft op de aard van de gedraging, is aangepast aan dit inzicht. De kansvermindering staat derhalve centraal.



Het ligt alleen in de rede het beroep op vrijwillige terugtred te honoreren indien de uitwijkmanoeuvre zo vroeg is ingezet dat de manoeuvre de kans op het intreden van het gevolg substantieel doet verminderen.

Ter afronding van deze paragraaf herhaal ik de belangrijkste wijzen waarop de feitenrechter het inrijden dat gepaard gaat met een uitwijkmanoeuvre kan duiden. Het begin van uitvoering, het opzet en de vrijwillige terugtred komen daarbij aan bod. In punt 5 wordt verwezen naar de eerder in deze paragraaf ondernomen analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad.

1. Als de uitwijkmanoeuvre in een heel vroeg stadium plaatsvindt, dan kan geoordeeld worden dat nog geen sprake is van een begin van uitvoering.
2. Een uitwijkmanoeuvre kan opgevat worden als een indicatie dat op geen enkel moment – dus ook niet vóór het inzetten van de uitwijkmanoeuvre – sprake is geweest van opzet.
3. Een uitwijkmanoeuvre kan opgevat worden als een vrijwillige terugtred van een poging tot doodslag of een poging tot zware mishandeling.
4. Er kan geoordeeld worden dat niet aan de vereisten van vrijwillige terugtred is voldaan, omdat:
  - a. de bedreigde zich reeds uit de voeten heeft gemaakt;
  - b. het onvoltooid blijven van het misdrijf niet zijn voornaamste oorzaak vindt in omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk;
  - c. de uitwijkmanoeuvre zo laat heeft plaatsgevonden dat de kans op het gevolg in onvoldoende mate afneemt.
5. Een uitwijkmanoeuvre kan opgevat worden als een onderdeel van het plan van de verdachte om de risico's van zijn gedrag beperkt te houden. Het opzet van de verdachte wordt dan tevens betrokken op een gevaarlijke uitwijkmanoeuvre. In deze benadering maakt de uitwijkmanoeuvre deel uit van het begin van uitvoering, zodat de manoeuvre niet opgevat kan worden als vrijwillige terugtred.

## **6.5 Belastende uitspraken van de verdachte**

### **6.5.1 Inleiding**

In deze paragraaf besteed ik aandacht aan gevallen waarin belastende uitspraken van de verdachte een rol spelen bij het bewijs van opzet. In paragraaf 6.5.2 worden vier arresten van de Hoge Raad weergegeven. In paragraaf 6.5.3 volgt een analyse van de rechtspraak waarin uitspraken van de verdachte een rol van betekenis spelen. Ik besteed daarbij in het bijzonder aandacht aan zaak 4c (Lees de krant!), omdat deze zaak van groot belang is voor de reik-

wijdte van het Porsche-arrest. In paragraaf 6.5.4 sta ik kort stil bij de bewijskracht die moet worden toegekend aan belastende en ontlastende uitspraken van de verdachte.

### 6.5.2 Rechtspraak

#### Zaak 4a

HR 23 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9594, NJ 2001, 327

Koste wat kost

De dronken verdachte reed, in een poging aan de politie te ontkomen, met hoge snelheid en met gedoofde lichten op een matig verlichte weg waarop zich fietsers bevonden. De verdachte is achtereenvolgens tegen drie fietsers aangereden. Na iedere aanrijding vervolgde de verdachte zijn weg, waarbij hij bovendien nog tussentijds gas bijgaf. Het Hof veroordeelde de verdachte wegens doodslag op twee van de fietsers en poging tot doodslag op de andere fietser. Uit de bewijsmiddelen kwam naar voren dat de verdachte tegenover de politie had verklaard “maar één gedachte” te hebben gehad: “ik wilde koste wat kost mij aan de politie onttrekken”. Bovendien had de verdachte verklaard: “Dat het mij allemaal niet zoveel kon schelen”.<sup>491</sup> Bij de motivering van het voorwaardelijk opzet stelde het Hof dat de verdachte bij de bepaling van zijn verkeersgedrag slechts voor ogen had gehad dat hij zich koste wat kost aan de politie wilde onttrekken. De Hoge Raad liet de veroordeling van het Hof in stand onder verwijzing naar de in de bewijsmiddelen vermelde omstandigheden.

#### Zaak 4b

HR 5 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1668, NJ 2006, 663

Spookrijden is kicken<sup>492</sup>

De verdachte werd door de politie achtervolgd en reed ongeveer 2,5 kilometer met circa 100 kilometer per uur op de autosnelweg tegen het verkeer in. De bestelbus van de verdachte en de achtervolgende politieauto reden op de vluchtstrook, maar de verdachte heeft zijn bestelbus driemaal op de voor het tegemoetkomende verkeer bestemde rijstrook gestuurd. De tegemoetkomende tegenliggers die op de naast de vluchtstrook gelegen rechter rijstrook reden, werden daardoor genoodzaakt uit te wijken om een ongeval te voorkomen. De verdachte verloor uiteindelijk de macht over het stuur en de bestelbus kwam op de zijkant terecht. De verdachte werd veroordeeld voor poging tot doodslag met betrekking tot de bestuurders van de hem tegemoetkomende motorrijtuigen. Het Hof gebruikte de volgende bij de politie afgelegde ver-

<sup>491</sup> De uitspraken zijn te vinden in de conclusie van Advocaat-Generaal Machielse.

<sup>492</sup> Zie voor de uitspraak van het Hof: Hof Den Bosch 1 juni 2005, VR 2005, 145.

klaring van de verdachte als bewijsmiddel: “Dat was toch maar even flink kicken om zo op auto’s in te rijden”. De Hoge Raad liet de veroordeling van het Hof in stand onder verwijzing naar de uitspraak van de verdachte dat hij het kicken vond om tegen het verkeer in te rijden.

#### **Zaak 4c**

HR 16 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6425

Inrijden op groep<sup>493</sup>

De dronken verdachte kreeg ruzie met een groep personen toen hij weigerde een café bij sluitingstijd te verlaten. Vervolgens reed de verdachte met zijn auto in op een aantal personen die voor het café stonden. Eén persoon raakte hierbij gewond aan zijn been. De verdachte werd veroordeeld voor poging tot doodslag, meermalen gepleegd. Het Hof gebruikte diverse getuigenverklaringen als bewijsmiddel waaruit bleek dat de verdachte het volgende had geroepen voordat hij in zijn auto stapte: “ik maak jullie kapot”. De Hoge Raad deed het cassatiemiddel, waarin werd gesteld dat opzet niet uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid, af via art. 81 RO.

#### **Zaak 4d**

HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6631, NJ 2009, 111

Lees de krant!<sup>494</sup>

De politie deed een poging om de stevig onder invloed zijnde verdachte tot stilstand te brengen, maar de verdachte ging er met zijn auto vandoor. Vervolgens reed de verdachte met zeer hoge snelheid door rood licht. De auto van de verdachte kwam in botsing met een auto waarin vier personen zaten. Twee inzittenden van de andere auto kwamen te overlijden; de andere twee inzittenden raakten gewond. Ook de naast hem gezeten vriendin van de verdachte raakte gewond. Het Hof achtte zowel opzet op de dood van de inzittenden van de andere auto als opzet op de dood van zijn vriendin bewezen. Bij het bewijs van opzet sloeg het Hof acht op hetgeen eerder op die avond in een café had plaatsgevonden. Diverse aanwezigen hadden de verdachte en zijn vriendin gewaarschuwd hun tocht niet meer per auto te vervolgen. Het Hof gebruikte een getuigenverklaring als bewijsmiddel waarin een interactie tussen een van de café-eigenaren en de verdachte naar voren kwam. De café-eigenaar vroeg aan de verdachte of hij wel voorzichtig zou doen. De verdachte beantwoordde de vraag als volgt: “Nee, dat doe ik niet, je leest het morgen wel in de krant.” Uit een ander bewijsmiddel kwam naar voren dat de

---

<sup>493</sup> Zie voor de uitspraak van de rechtbank: rechtbank Zutphen 12 maart 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AF6251.

<sup>494</sup> Zie voor de uitspraak van de rechtbank: rechtbank Den Haag 11 april 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA2762.

vriendin van de verdachte als volgt reageerde op de waarschuwing niet te gaan rijden: “Ik doe niet voorzichtig, van mij mag het leven wel gevaarlijk zijn.” Het Hof wijdde de volgende overweging aan het opzet:

“Het hof is van oordeel dat uit het voorgaande naar voren komt dat de verdachte, die weet welke risico's verbonden zijn aan het besturen van een motorvoertuig onder invloed van alcohol en die kort voor het ongeluk nadrukkelijk en herhaaldelijk is gewaarschuwd niet verder te rijden en de auto te laten staan, desondanks met een hoeveelheid alcohol in zijn bloed van tenminste 2,1 milligram per milliliter bloed is gaan rijden. Hij is, nadat hij een als zodanig herkenbare politiewagen die hem wilde laten stoppen had weten te ontlopen, met zeer hoge snelheid een kruispunt opgereden dat hij niet mocht oprijden omdat het door een rood licht werd beschermd. Hij heeft daarmee willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat hij andere weggebruikers, die niet rekenden op een dergelijk rijgedrag of die, zoals in dit geval, met groen licht een kruispunt overstaken, zou aanrijden en dodelijk zou treffen.

Het hof heeft in zijn overweging betrokken dat de verdachte niet alleen voor andere weggebruikers een dodelijk gevaar heeft geschapen, maar ook zichzelf en zijn vriendin die naast hem zat aan dat gevaar heeft blootgesteld; de weergegeven feiten laten geen andere conclusie toe dan dat verdachte zelfs bereid was zichzelf en zijn vriendin aan dodelijk letsel bloot te stellen. Voorts heeft het hof zich rekenschap gegeven van het uit het opsporingsonderzoek naar voren komende gegeven dat verdachte op het allerlaatste moment, enkele meters voor de botsing, geremd moet hebben. (...) Voorzover de verdachte naar voren heeft willen brengen dat daaruit volgt dat hij – zij het op het laatste moment – er blijk van heeft gegeven dat zijn (voorwaardelijk) opzet niet op het doden van andere weggebruikers of zichzelf en zijn vriendin was gericht verwerpt het hof dit verweer: uit niets blijkt met welke bedoeling de verdachte in de laatste fractie van een seconde voor de botsing heeft geremd nu de verdachte zelf zich van de gehele loop der gebeurtenissen niets zegt te herinneren, terwijl remmen onder die omstandigheden geen positief effect meer kon opleveren. Het hof is van oordeel dat verdachte een potentieel dodelijke situatie had geschapen, welke hij op dat moment niet meer kon veranderen.”

Het cassatiemiddel klaagt erover dat het opzet van de verdachte niet uit de bewijsmiddelen kan volgen. De Hoge Raad verwerpt het middel als volgt:

“Het middel (...) richt zich meer in het bijzonder tegen de overweging van het Hof dat de vastgestelde feiten geen andere conclusie toelaten dan dat de verdachte zelfs bereid was zichzelf en zijn vriendin aan dodelijk letsel bloot te stellen.

Met die overweging heeft het Hof er blijk van gegeven dat het bij zijn oordeelsvorming omtrent de aanwezigheid van voorwaardelijk opzet de vraag onder ogen heeft gezien of de verdachte (eveneens) op de koop toe heeft genomen dat hij en zijn vriendin het leven zouden verliezen (vgl. HR 15

oktober 1996, (...) NJ 1997, 199). Het Hof heeft die vraag bevestigend beantwoord. Dat is in het licht van hetgeen het Hof heeft vastgesteld – zoals dat is samengevat in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 14 en 15 – ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk. Daaraan doet, anders dan het middel wil, niet af dat de verdachte, naar het Hof heeft vastgesteld, vanaf het moment dat hij [een nog eerder op die avond bezochte bar] is uitgegaan, zich niets meer kan herinneren en evenmin dat de verdachte op het allerlaatste moment nog heeft geremd.”<sup>495</sup>

### 6.5.3 Analyse

Als opzet wordt opgevat als een psychisch begrip, dan ligt het voor de hand waarde toe te kennen aan uitspraken van de verdachte die betrekking hebben op zijn geestesgesteldheid. In het in paragraaf 3.5 besproken Hiv-arrest I liet de Hoge Raad blijken dat verklaringen van de verdachte soms inzicht kunnen geven “omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan”.<sup>496</sup> Hoewel opzet vaak alleen wordt vastgesteld op basis van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging, gebeurt het regelmatig dat het opzet (mede) wordt afgeleid uit een belastende uitspraak van de verdachte zelf. In deze paragraaf sta ik stil bij gevallen waarin belastende uitspraken van de verdachte een rol van betekenis hebben vervuld. Ik onderscheid in dat verband twee subcategorieën.

De eerste subcategorie betreft gevallen waarin de verdachte *voor of tijdens* het incident in kwestie een belastende uitspraak doet. In zaak 4c (Inrijden op groep) riep de verdachte “ik maak jullie kapot” voordat hij met zijn auto inreed op een groep met personen. In zaak 4d (Lees de krant!) had de verdachte voor de aanvang van de autorit de vraag of hij voorzichtig zou rijden beantwoord met: “Nee, dat doe ik niet, je leest het morgen wel in de krant.”

De tweede subcategorie heeft betrekking op gevallen waarin de verdachte *na* het incident een belastende uitspraak doet. In zaak 4a (Koste wat kost) had de verdachte het volgende tegenover de politie verklaard: “ik wilde koste wat kost mij aan de politie onttrekken”. Daarnaast had hij verklaard: “Dat het mij allemaal niet zoveel kon schelen”. In zaak 4b (Spookrijden is kicken) verklaarde de verdachte na afloop van zijn rit tegen het verkeer in: “Dat was toch maar even flink kicken om zo op auto’s in te rijden”.

De feitenrechter sloeg in de vier besproken zaken bij het bewijs van opzet acht op de belastende uitspraak van de verdachte. De Hoge Raad verwierp in alle gevallen het op opzet gerichte cassatiemiddel. In zaak 4a (Koste wat kost) en zaak 4b (Spookrijden is kicken) verwees de Hoge Raad naar de in de bewijsmiddelen vermelde omstandigheden. In de laatstgenoemde zaak werd de uitspraak van de verdachte nog uitdrukkelijk door de Hoge Raad voor het

---

<sup>495</sup> Ik heb een aantal tekstuele onvolkomenheden gecorrigeerd.

<sup>496</sup> HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049.

voetlicht gebracht. In zaak 4c (Inrijden op groep) deed de Hoge Raad het cassatiemiddel af via art. 81 RO. Advocaat-Generaal Vellinga baseerde zijn conclusie dat opzet uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid onder meer op de bedreigende uitlatingen van de verdachte.

Zaak 4d (Lees de krant!) is van bijzonder belang in verband met de reikwijdte van het Porsche-arrest. Het Hof achtte bewezen dat de verdachte ook opzet had gehad op het doden van de zich in zijn auto bevindende vriendin. Het Hof stelde expliciet dat “verdachte zelfs bereid was zichzelf en zijn vriendin aan dodelijk letsel bloot te stellen”. De Hoge Raad wijdt hieraan de volgende beschouwing:

“Met die overweging heeft het Hof er blijk van gegeven dat het bij zijn oordeelsvorming omtrent de aanwezigheid van voorwaardelijk opzet de vraag onder ogen heeft gezien of de verdachte (eveneens) op de koop toe heeft genomen dat hij en zijn vriendin het leven zouden verliezen (vgl. HR 15 oktober 1996, (...) NJ 1997, 199). Het Hof heeft die vraag bevestigend beantwoord. Dat is in het licht van hetgeen het Hof heeft vastgesteld – zoals dat is samengevat in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 14 en 15 – ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk. Daaraan doet, anders dan het middel wil, niet af dat de verdachte, naar het Hof heeft vastgesteld, vanaf het moment dat hij [een nog eerder op die avond bezochte bar] is uitgegaan, zich niets meer kan herinneren en evenmin dat de verdachte op het allerlaatste moment nog heeft geremd.”

De Hoge Raad zoekt aldus aansluiting bij de conclusie van de Advocaat-Generaal. Vellinga verwijst in zijn conclusie onder punt 15 naar de opmerking van de verdachte dat het morgen wel in de krant zou staan. Hij betoogt onder punt 16 dat deze opmerking inzicht biedt in de psychische gesteldheid van de verdachte. Hij komt tegen de achtergrond daarvan tot de conclusie dat het Hof heeft kunnen afleiden dat de vastgestelde feiten er geen redelijke twijfel over laten bestaan dat de verdachte zelfs bereid was zichzelf en zijn vriendin aan dodelijk letsel bloot te stellen.

Het ligt voor de hand de overweging van de Hoge Raad in hetzelfde licht te plaatsen. Uit het arrest blijkt in elk geval zonneklaar dat de algemene ervaringsregel uit het Porsche-arrest daadwerkelijk voor weerlegging vatbaar is. Uitspraken van de verdachte die wijzen op onverschilligheid ten aanzien van zijn eigen leven lijken de door het Porsche-arrest vereiste “aanwijzingen voor het tegendeel” te kunnen opleveren. Het staat de feitenrechter vrij om de bereidheid het eigen leven te riskeren uit dergelijke uitspraken af te leiden.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad de feitenrechter behoorlijk wat ruimte laat om de vraag of de verdachte de kans op zijn eigen dood heeft aanvaard, bevestigend te beantwoorden. Betoogd zou kunnen worden dat er in deze zaak – net als het geval was in de Porschezaak – aanwijzingen waren dat de verdachte zijn eigen leven niet wilde verliezen. De verdachte had immers op het laatste moment geremd. Het Hof ondervindt deze tegenwerping door gebruik te maken van de in paragraaf 6.6 te bespreken anterieur-opzetcon-

structie. Het Hof lokaliseerde het opzet op een vroeg moment en betrok het opzet op “andere weggebruikers, die niet rekenden op een dergelijk rijgedrag”. Het Hof sloeg daarbij acht op het feit dat de verdachte wist dat rijden onder invloed gevaarlijk was en het feit dat hij gewaarschuwd was. Door het vroeg lokaliseren van opzet was het niet meer nodig om opzet op een later moment te lokaliseren.

Als opzet vroegtijdig gelokaliseerd wordt, dan is het nog steeds de vraag hoe de late remmanoeuvre geduid moet worden. Het ligt het meest voor de hand de remmanoeuvre van de verdachte op te vatten als een op het vermijden van een ongeval gerichte gedraging. Het Hof leek deze conclusie echter niet te willen trekken en overwoog het volgende: “uit niets blijkt met welke bedoeling de verdachte in de laatste fractie van een seconde voor de botsing heeft geremd nu de verdachte zelf zich van de gehele loop der gebeurtenissen niets zegt te herinneren”.<sup>497</sup> Daarnaast wees het Hof erop dat “remmen onder die omstandigheden geen positief effect meer kon opleveren” en dat “verdachte een potentieel dodelijke situatie had geschapen, welke hij op dat moment niet meer kon veranderen.” Het is de vraag hoe de laatste overweging opgevat moet worden. Bedoelt het Hof hiermee uit te drukken dat, indien de gedraging van de verdachte wel een uiting was van zijn wil een dodelijk ongeval te voorkomen, deze wil niet als opzet kan worden opgevat, omdat alleen sprake kan zijn van opzet als de verdachte controle denkt te hebben over het al dan niet realiseren van het opzet-object (het vermijden van een ongeval)?<sup>498</sup> Het is sterk de vraag of het Hof het zo bedoeld heeft, maar deze lezing biedt wel een acceptabele duiding van de overweging.

De Hoge Raad laat zich niet inhoudelijk uit over de wijze waarop het Hof de remmanoeuvre heeft geduid. De Hoge Raad laat het bij de constatering dat de omstandigheid dat de verdachte op het allerlaatste moment nog heeft geremd niet afdoet aan het niet-onbegrijpelijke oordeel dat de aanwezigheid van voorwaardelijk opzet gepaard ging met de bereidheid van de verdachte ook zichzelf en zijn vriendin aan dodelijk letsel bloot te stellen. Hoewel de Hoge Raad weinig inzicht geeft in zijn gedachtegang, wordt wel duidelijk dat hij de feitenrechter behoorlijk wat ruimte laat. Zelfs in een geval waarin sprake lijkt te zijn van een op het vermijden van een ongeval gerichte gedraging, kan de feitenrechter nog cassatiebestendig tot een bewezenverklaring van doodslagopzet komen.

---

<sup>497</sup> Als de remmanoeuvre wel zou worden opgevat als een op het vermijden van een ongeval gerichte gedraging, dan komt het leerstuk van vrijwillige terugtred (art. 46b Sr) in beeld. Voor zover het misdrijf voltooid is, kan geen beroep meer worden gedaan op vrijwillige terugtred. Voor zover het misdrijf niet voltooid is, zou waarschijnlijk geoordeeld moeten worden dat de remmanoeuvre te laat is ingezet (zie de uitgebreide analyse in paragraaf 6.4.4.5). De gedraging waarop het beroep op vrijwillige terugtred is gebaseerd, doet de kans op het gevolg onvoldoende verminderen. Deze conclusie past eveneens bij het oordeel van het Hof dat “verdachte een potentieel dodelijke situatie had geschapen, welke hij op dat moment niet meer kon veranderen.”

<sup>498</sup> Zie paragraaf 4.7 en 6.4.4.4.

Ik bespreek twee andere gevallen waarin de feitenrechter de bereidheid van de verdachte zijn eigen leven te riskeren (mede) heeft afgeleid uit zijn eigen verklaring. In Hof Arnhem 16 december 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AV4668 had de verdachte ongeveer tien kilometer tegen het verkeer in gereden. De levensgevaarlijkheid voor anderen en voor hemzelf wordt door het Hof in verband gebracht met de verklaring van de verdachte dat hij koste wat het kost weg wilde en de politie wilde ontwijken. In Hof Den Bosch 27 augustus 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB4261 had de verdachte het slachtoffer op levensgevaarlijke wijze achtervolgd in een poging het slachtoffer tot stoppen te manen. Het Hof baseert zijn vaststelling dat de verdachte ook op de koop heeft toegenomen dat de achtervolging voor hemzelf een fatale afloop zou kunnen hebben op zijn verklaring dat hij de auto van het slachtoffer koste wat kost tot stoppen wilde dwingen.

Het komt ook voor dat de bereidheid van de verdachte het eigen leven te riskeren wordt vastgesteld zonder gebruik te maken van een belastende uitspraak van de verdachte. In rechtbank Rotterdam 13 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM1697 had de dronken verdachte ongeveer drie kilometer met hoge snelheid tegen het verkeer in gereden. Uiteindelijk volgde een frontale botsing met een tegenligger, als gevolg waarvan de bestuurder van de tegenligger kwam te overlijden. De rechtbank veroordeelt de verdachte wegens doodslag. De rechtbank hecht geloof aan de verklaring van de verdachte dat zij zich niets meer kon herinneren en acht haar latere verklaring dat het ongeval het gevolg was van een slipmanoeuvre onaannemelijk en ongeloofwaardig. De rechtbank gaat expliciet in op de in het Porsche-arrest neergelegde zelfbehoudsthese en verwerpt de these op basis van het rijgedrag van de verdachte:

“De rechtbank concludeert uit voornoemde omstandigheden echter dat de verdachte [de aanmerkelijke kans dat zij zelf als gevolg van een frontale botsing met een tegemoetkomende auto het leven zal verliezen] wel heeft aanvaard. Zij betreft daarbij in het bijzonder dat de verdachte welbewust onder invloed van alcohol een auto is gaan besturen en gedurende langere tijd en over een afstand van ongeveer 3 kilometer, met hoge snelheid op de snelweg tegen de rijrichting in heeft gereden en niet is uitgeweken voor haar tegemoetkomend verkeer.”

Het Hof spreekt echter vrij van doodslag en veroordeelt de verdachte wegens dood door schuld in het verkeer met de strafverzwarende gronden roekeloosheid en intoxicatie.<sup>499</sup> Het Hof legt dezelfde straf op als de rechtbank (vijf jaar gevangenisstraf en tien jaar ontzegging van de rijbevoegdheid). Het Hof concludeert op basis van dezelfde feiten en omstandigheden dat de zelfbehoudsthese niet weerlegd kan worden:

---

<sup>499</sup> Hof Den Haag 29 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO5168. Zie ook HR 11 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR3043.



“Op basis van het rijgedrag van de verdachte kan niet worden vastgesteld dat de verdachte zo duidelijk onverschillig was omtrent de afloop van haar gedragingen dat daarin een aanvaarding van de kans op de dood van het slachtoffer alsmede op haar eigen dood ligt besloten; andersoortig bewijs van die aanvaarding van de mogelijkheid zelf het leven te verliezen ontbreekt. De enkele omstandigheid dat de verdachte een aanzienlijke hoeveelheid alcohol had genuttigd voordat zij ging autorijden maakt dat niet anders.”

Deze zaak laat zien dat gemakkelijk anders gedacht kan worden over de vraag of een bestuurder de bereidheid heeft gehad zijn eigen leven te riskeren. Zaak 4d (Lees de krant!) lijkt de feitenrechter behoorlijk wat ruimte te laten om de vraag of de verdachte de kans op zijn eigen dood heeft aanvaard bevestigend of ontkennend te beantwoorden. Een bevestigend antwoord zou ook plaats kunnen vinden in gevallen waarin het bewijs van opzet geen steun vindt in een belastende verklaring van de verdachte. Tegen deze achtergrond zou de vraag kunnen worden opgeworpen of de feiten en omstandigheden van de Porschezaak tot een cassatiebestendige veroordeling zouden kunnen leiden. Ik neig ernaar die vraag bevestigend te beantwoorden. Een feitenrechter zou de conclusie kunnen trekken dat de bestuurder ook het risico van een fatale afloop voor hemzelf voor lief heeft genomen. Deze opvatting werd toentertijd ook verdedigd in het requisitoir van de advocaat-generaal. Het Hof Arnhem kwam toen echter tot de conclusie dat het de door de Hoge Raad in het Porsche-arrest vereiste motivering niet kon geven.<sup>500</sup>

Het is interessant zaak 4d (Lees de krant!) af te zetten tegen de in paragraaf 6.4.3 besproken zaak 3c (Kanaal).<sup>501</sup> In zaak 4d (Lees de krant!) staat de weerlegging van de uit het Porsche-arrest voortvloeiende zelfbehoudsthese centraal. In de korte tijd later gewezen zaak 3c (Kanaal) wordt de feitenrechter echter geheel ontheven van de lastige taak de zelfbehoudsthese te falsificeren. Daarvoor is dan wel vereist dat vastgesteld kan worden dat sprake was van een doelbewuste geweldshandeling.

Van de in deze paragraaf besproken vier voorbeeldzaken zijn de uitspraken van de verdachte van het grootste belang in zaak 4b (Spookrijden is kicken) en zaak 4d (Lees de krant!). Zaak 4a (Koste wat kost) en zaak 4c (Inrijden op groep) kunnen immers ook gemotiveerd worden op basis van het in paragraaf 6.3 besproken ongelijke-risicoargument.<sup>502</sup> Dat brengt mee dat het niet nodig is de zelfbehoudsthese te falsificeren. De uitspraken van de verdachte bieden hoogstens extra steun voor het bewijs van opzet op de dood van anderen.

---

<sup>500</sup> Hof Arnhem 10 maart 1997, VR 1997, 161.

<sup>501</sup> HR 29 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4736, NJ 2010, 117.

<sup>502</sup> In zaak 4c (Inrijden op groep) is bovendien sprake van een doelbewuste geweldshandeling.

#### 6.5.4 De bewijskracht van uitspraken van de verdachte

Als opzet wordt opgevat als een psychisch begrip, dan ligt het voor de hand belang te hechten aan uitspraken van de verdachte die directe toegang lijken te bieden tot zijn geestesgesteldheid. In deze paragraaf sta ik kort stil bij de vraag welke bewijskracht moet worden toegekend aan belastende en ontlastende uitspraken van de verdachte.

In zaak 4a (*Koste wat kost*) maakte het Hof bij het bewijs van opzet gebruik van de verklaring van de verdachte dat hij zich *koste wat kost* aan de politie wilde onttrekken. Vergelijkbare verklaringen werden gebruikt in een ander geval van spookrijden,<sup>503</sup> in een geval waarin een levensgevaarlijke achtervolging plaatsvond<sup>504</sup> en in een geval van inrijden op een politieagent<sup>505</sup>. Ook in deze gevallen werd opzet op de dood mede afgeleid uit de verklaring van de verdachte. Advocaat-Generaal Machielse wees er in zijn conclusie bij zaak 4b (*Spookrijden is kicken*) op dat de verdachte ter zitting had verklaard dat hij *niet* *koste wat kost* wilde ontkomen. Hij betoogde dat het Hof terecht geen waarde aan deze verklaring had toegekend, omdat opzet kon volgen uit de objectieve omstandigheden van het geval.

Zowel het terzijde stellen van een ontlastende verklaring als het voor het bewijs gebruiken van een belastende verklaring valt binnen de ruime marge die de Hoge Raad de feitenrechter laat met betrekking tot de selectie en waardering van bewijsmateriaal. Het is primair aan de feitenrechter om te beoordelen welke bewijskracht moet worden toegekend aan ontlastende of belastende uitspraken van de verdachte. Op basis van de beperkte informatie die beschikbaar komt in de gepubliceerde rechtspraak valt moeilijk te beoordelen of de bewijskracht van uitspraken adequaat wordt getaxeerd. *Ontlastende* uitspraken komen in de regel niet in vonnissen of arresten voor vanwe-

<sup>503</sup> Zie Hof Arnhem 16 december 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AV4668. Het Hof overwoog als volgt: “Verdachte heeft verklaard dat hij wist dat de politie achter hem aan zat en dat hij *koste wat het kost* weg wilde en de politie wilde ontwijken. Daaruit blijkt, dat verdachte welbewust levensgevaarlijk voor anderen en zichzelf – zelfs met gedoopte lichten – is blijven doorrijden met als enig oogmerk aan de achtervolgende politie te ontkomen.”

<sup>504</sup> Zie Hof Den Bosch 27 augustus 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB4261. Het Hof overwoog als volgt: “Verdachte wilde [slachtoffer 1] tot stoppen dwingen, *koste wat kost*. Aldus heeft verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat (...) de door hem achtervolgde auto van de weg zou raken en ergens tegenaan zou rijden en de inzittenden van die auto om het leven zouden komen. Dat een en ander ook voor hemzelf een fatale afloop zou kunnen hebben, heeft verdachte klaarblijkelijk op de koop toegenomen.”

<sup>505</sup> Zie rechtbank Maastricht 19 juni 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW8722. De rechtbank overwoog als volgt: “Verdachte heeft verklaard dat hij tijdens het weggrijden niemand voor zijn auto heeft zien staan. Verdachte heeft echter ook verklaard dat hij *koste wat kost* wilde weggomen. Indien al wordt uitgegaan van de juistheid van de stelling dat hij niemand voor de auto heeft zien staan, dan nog heeft verdachte door met hoge snelheid weg te rijden om *koste wat kost* te ontkomen, (...) wetende dat er diverse agenten rondliepen, willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat hij [verbalisant] zou aanrijden met fatale afloop.”

ge het gebrek aan redengevendheid.<sup>506</sup> Dat betekent dat niet beoordeeld kan worden of eventuele ontlastende uitspraken terecht terzijde zijn geschoven. *Belastende* uitspraken worden in de regel zonder al te veel contextinformatie gepresenteerd. Dat maakt het lastig de betekenis van de uitspraken te duiden.

Dat neemt niet weg dat de vraag kan worden opgeworpen of de bewijskracht die wordt toegedicht aan uitspraken als het zich *koste wat kost* aan de politie willen onttrekken niet wat wordt overschat. De verleiding is groot dergelijke uitspraken van de verdachte in de sleutel te plaatsen van het door de feitenrechter bewezen verklaarde doodslagopzet: het belang een bepaald doel te realiseren (bijvoorbeeld het ontsnappen aan de politie) heeft kennelijk meer gewicht in de schaal gelegd dan het leven van een of meer andere mensen (en het eigen leven). Het kan echter betwijfeld worden of de verdachten het zo hebben bedoeld. De uitspraak zou bijvoorbeeld een antwoord kunnen zijn geweest op de vraag waarom de verdachte zo gevaarlijk heeft gereden. In dat geval moet de uitspraak veeleer worden gezien als een verklaring van gedrag en niet zozeer als een bekentenis van voorwaardelijk opzet op de dood. De wijze waarop de uitspraken van de verdachte in de bewijsmiddelen en de bewijsmotivering worden gepresenteerd, nodigt echter niet bepaald uit om de uitspraken in dat licht te duiden. Het gesuggereerde verband tussen de uitspraken en het opzet maakt het lastig om de uitspraken niet op te vatten als een bekentenis van voorwaardelijk opzet.

Ook van de in zaak 4d (Lees de krant!) gedane uitspraak is het de vraag hoeveel betekenis daaraan moet worden toegekend. De verdachte deed zijn uitspraak geruime tijd voordat hij wist dat hij zich aan de politie zou gaan onttrekken. De uitspraak van de verdachte ("je leest het morgen wel in de krant") lijkt mij eerder te moeten worden gezien als een slechte grap dan als een onderkenning van het feit dat hij een nieuwswaardig ongeluk zou gaan veroorzaken.

De uitspraak ("ik maak jullie kapot") die de verdachte in zaak 4c (Inrijden op groep) deed voordat hij in zijn auto stapte, heeft evident een bedreigend karakter. Veel bedreigingen worden gekenmerkt door het feit dat de bedreiger het bedreigingsobject niet kan of wil waarmaken. Het ligt daarom niet zonder meer voor de hand de uitspraak van de verdachte letterlijk op te vatten. Het verdient in dat verband opmerking dat de rechtbank minder waarde leek toe te kennen aan de uitspraak van de verdachte dan het Hof.<sup>507</sup> De rechtbank ging ervan uit dat het de bedoeling van de verdachte was de slachtoffers schrik aan te jagen door zijn manier van wegrijden. Gelet op het remmen door de verdachte en de obstakels op het terras achtte de rechtbank

---

<sup>506</sup> Zie bijv. HR 20 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV8241 voor een uitzondering. De Hoge Raad casseerde, omdat een niet-redengevende verklaring van de verdachte ("Ik dacht toen nergens aan. Ik heb toen niet aan [slachtoffer] gedacht") voor het bewijs was gebruikt voor doodslag met een vrachtauto. In HR 28 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9804 bleef de veroordeling van de verwijzingsrechter wegens doodslag in stand. In het arrest van de verwijzingsrechter is de (potentieel) ontlastende uitspraak van de verdachte uiteraard niet meer te vinden.

<sup>507</sup> Rechtbank Zutphen 12 maart 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AF6251.

voorwaardelijk opzet op de dood niet aannemelijk. De rechtbank veroordeelde de verdachte wegens poging tot zware mishandeling en bedreiging.

Ik kom tot een afronding van deze paragraaf. Uitspraken die met evenveel recht zouden kunnen worden opgevat als een verklaring voor gevaarlijk gedrag, een smakeloze grap of een bedreiging worden door de feitenrechter soms in de sleutel geplaatst van opzet op het veroorzaken van de dood van een ander. Het op deze wijze duiden van belastende uitspraken kan op zichzelf beschouwd de door de Hoge Raad aangelegde begrijpelijkheidstoets doorstaan. Dat laat onverlet dat ik mij afvraag of de bewijskracht van belastende uitspraken in de feitenrechtspraak soms niet wat wordt overschat.

## **6.6 Anterieur opzet**

### **6.6.1 Inleiding**

Deze paragraaf staat in het teken van de zogenaamde anterieur-opzetconstructie. Het kenmerk van deze constructie is dat het opzet op een eerder tijdstip wordt gelokaliseerd dan de *actus reus*. Aangezien de anterieur-opzetconstructie geen algemeen geaccepteerde dogmatische constructie is, zal ik in paragraaf 6.6.2 uitgebreid stilstaan bij de vraag in hoeverre de constructie past in de Nederlandse dogmatiek. In paragraaf 6.6.3 worden vervolgens vier voorbeeldzaken gepresenteerd. Paragraaf 6.6.4 is gewijd aan de anterieur-opzetconstructie in de feitenrechtspraak. In die paragraaf zal ik vooral aandacht besteden aan kenmerken aan de hand waarvan anterieur-opzettaken kunnen worden geïdentificeerd. In paragraaf 6.6.5 doe ik een poging de spaarzame jurisprudentie van de Hoge Raad te duiden. Ik besteed daarbij zowel aandacht aan rechtspraak binnen als buiten de verkeerscontext.

### **6.6.2 Een dogmatische plaatsbepaling van anterieur opzet**

#### *6.6.2.1 Inleiding*

De anterieur-opzetconstructie – de constructie waarbij opzet (veel) eerder wordt gelokaliseerd dan de *actus reus* – is geen algemeen geaccepteerde dogmatische constructie. In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre de constructie past in de Nederlandse dogmatiek. Deze vraag zal uiteindelijk positief worden beantwoord. Dat brengt mee dat de theoretische beschouwingen uit deze paragraaf als referentiekader kunnen dienen voor de analyse van de rechtspraak die in de daaropvolgende paragrafen zal plaatsvinden.

In paragraaf 6.6.2.2 wordt getracht een typering van anterieur opzet te geven. De typering vindt plaats aan de hand van een anterieur-opzetvoorbeeld dat in vier opzichten afwijkt van een archetypisch geval van opzet. In paragraaf 6.6.2.3 tot 6.6.2.5 sta ik stil bij de vraag of deze verschillen in de

weg zouden moeten staan aan het aannemen van opzet. Daarbij wordt de meeste aandacht gericht op het fundamentele kenmerk van anterior opzet: gebrek aan co-existentie tussen opzet en *actus reus*. De paragraaf eindigt met een besluit (paragraaf 6.6.2.6).

#### 6.6.2.2 *Typering van anterior opzet*

De term ‘anterior opzet’ drukt uit dat opzet anterior – dat wil zeggen op een eerder moment – wordt gelokaliseerd. Dat roept de vraag op ten opzichte waarvan de temporele relatie met het opzet wordt gedefinieerd. In deze paragraaf neem ik het voltooide delict als uitgangspunt. De term ‘anterior opzet’ drukt dan uit dat opzet niet gelokaliseerd wordt op het moment dat de *actus reus* van de delictsomschrijving wordt vervuld. In paragraaf 6.6.2.6 sta ik kort stil bij de vraag of de anterior-opzetconstructie zich ook kan voordoen bij onvoltooide delicten.

In de literatuur worden termen als ‘anterior opzet’, ‘*actio libera in causa*’ en ‘*dolus in causa*’ gebruikt om uit te drukken dat een eerder gelokaliseerde geestesgesteldheid een rol speelt.<sup>508</sup> Het verdient opmerking dat deze termen in de regel worden gebruikt in het kader van strafuitsluitingsgronden. Daarbij kan gedacht worden aan het welbewust nemen van drugs in relatie tot ontoerekeningsvatbaarheid met betrekking tot een onder invloed gepleegde doodslag. Een dergelijke psychische act – het welbewust nemen van drugs – levert geen opzet op met betrekking tot de later gepleegde doodslag.<sup>509</sup> De vraag naar de toepasbaarheid van strafuitsluitingsgronden doet zich bij dodelijke delicten pas voor als voldaan is aan opzet in de delictsomschrijving. Dit opzet zal (in de regel) tempore delicti gelokaliseerd worden. Dat wil zeggen dat er geen sprake is van anterior opzet in de betekenis die er hieraan toegekend wordt.

Anterior opzet is een manifestatie van opzet die zich bij uitstek kan voordoen in het verkeersrecht. De constructie kan het best geduid worden door haar af te zetten tegen een archetypische manifestatie van opzet. Hieronder zet ik twee voorbeelden tegen elkaar af. Het eerste voorbeeld betreft een archetypische manifestatie van opzet. In het tweede voorbeeld wordt de anterior-opzetconstructie toegepast op een verkeerssituatie.

---

<sup>508</sup> Zie bijv. Machielse 2017, aantekening 6 over ‘ontoerekenbaarheid’ (NLR). De term ‘anterior opzet’ heb ik ontleend aan: Strijards 1988, ‘Aansprakelijkheidsgronden’, p. 104.

<sup>509</sup> Dat is anders indien iemand drugs neemt om in die toestand een doodslag te plegen. Vgl. Bijlsma 2011, ‘Drank, drugs en culpa. Zelfintoxicatie en *culpa in causa*: pleidooi voor een voorzienbaarheidseis’, p. 675. In dat geval zal in de regel sprake zijn van dubbel opzet: het opzet kan zowel tijdens het innemen van drugs als ten tijde van het delict worden gelokaliseerd. In dat geval is het niet nodig het anterior gelokaliseerde opzet te gebruiken bij het bewijs van het bestanddeel opzet. Het anterior gelokaliseerde opzet speelt dan alleen een rol bij het pareren van een beroep op ontoerekeningsvatbaarheid tempore delicti.

A haat B. Op een dag schiet A een kogel door het hoofd van B, omdat hij B wenst te doden en met grote mate van zekerheid voorziet dat zijn handeling de dood van B zal veroorzaken. B komt ogenblikkelijk te overlijden als gevolg van de schotwond.

C drinkt zich een stevig stuk in de kraag. Op den duur besluit hij met de auto naar huis te rijden. Op het moment dat hij in de auto plaatsneemt, dringt het besef tot hem door dat er een aanmerkelijke kans bestaat dat hij door zijn gevaarlijke manier van rijden tijdens de rit een ander van het leven zal beroven. Hij toont zich echter bereid deze risico's te nemen en begint aan de gevaarlijke rit. Tijdens de rit rijdt hij op een doorgaans rustige kruising met hoge snelheid de van rechts komende voorrangsgerechtigde fietser D dood. Tijdens het naderen van de kruising is C zich niet bewust geweest van de aanmerkelijke kans dat D of andere verkeersdeelnemers het leven zouden kunnen verliezen.

Het archetypische opzetgeval bevat vier kenmerken die gecontrasteerd kunnen worden met het anterieur-opzetgeval. Hieronder geef ik de kenmerken naast elkaar weer:

1. De wens een ander te doden vormt de reden voor de handeling van de actor (doelopzet).<sup>510</sup>
- 1'. De wens een ander te doden vormt geen reden voor de handeling van de actor.
2. De actor voorziet met een grote mate van zekerheid dat zijn handeling de dood van een ander zal veroorzaken (zekerheidsbewustzijn).<sup>511</sup>
- 2'. De actor is zich slechts bewust van een aanmerkelijke kans dat zijn handeling de dood van een ander zal veroorzaken.
3. Opzet heeft betrekking op een specifiek persoon (bepaaldheid).
- 3'. Opzet heeft geen betrekking op een specifiek persoon.<sup>512</sup>
4. Opzet is aanwezig tijdens de gedraging die de dood veroorzaakt (co-existentie).
- 4'. Opzet is niet aanwezig tijdens de gedraging die de dood veroorzaakt. Het opzet wordt gelokaliseerd als de actor in zijn auto plaatsneemt.

---

<sup>510</sup> Zie paragraaf 3.2.

<sup>511</sup> Zie paragraaf 3.2.

<sup>512</sup> Met het als 'opzet' aanduiden van deze psychische act loop ik gemakshalve vooruit op de nog te beantwoorden vraag of een vroeg gelokaliseerde geestesgesteldheid als opzet in strafrechtelijke zin kan worden beschouwd.

Het vierde kenmerk – gebrek aan co-existentie – bepaalt de essentie van anterieur opzet. De eerste drie kenmerken zijn niet fundamenteel. De in de oude literatuur genoemde voorbeelden van anterieur opzet worden echter vaak gekenmerkt door de afwezigheid van deze factoren. Het gaat dan om het doelbewust veroorzaken van onbewustheid met het oog op het plegen van een bepaald delict in die toestand van onbewustheid.<sup>513</sup> Een voorbeeld daarvan is een moeder die zich laveloos drinkt met de bedoeling en in de verwachting dat zij in haar dronken slaap haar pasgeboren baby dood zal drukken.<sup>514</sup> Het feit dat dit voorbeeld slechts in één opzicht afwijkt van het archetypische opzetgeval maakt het gevoelsmatig gemakkelijk om opzet in strafrechtelijke zin aan te nemen. De drie afwijkende kenmerken doen zich (in de regel) echter wel voor in de context van het verkeer. Het is goed voorstelbaar dat de combinatie van vier niet-archetypische kenmerken eerder noopt tot de intuïtie dat dan geen strafrechtelijk opzet aangenomen kan worden.<sup>515</sup>

In de volgende paragrafen zal ik beargumenteren dat de vier niet-archetypische kenmerken stuk voor stuk passen binnen de huidige Nederlandse dogmatiek. Ik verbind daaraan de conclusie dat hetzelfde heeft te gelden voor het geval waarin alle niet-archetypische kenmerken zich tegelijkertijd voordoen. Het verdient naar mijn mening de voorkeur de grenzen van wat als strafrechtelijk opzet heeft te gelden zo veel mogelijk per fundamenteel vraagpunt te beslissen. Deze benadering biedt de meeste kans op een helder dogmatisch kader waarvan sturende werking op de rechtspraktijk kan uitgaan.<sup>516</sup>

### 6.6.2.3 Afwezigheid van doelopzet en zekerheidsbewustzijn

Het eerste verschil tussen het anterieur-opzetgeval dat in de bovenstaande paragraaf is omlijnd en het archetypische opzetgeval betreft de afwezigheid

<sup>513</sup> Zie Wemes 1990, 'Strafbaarheid en zelfintoxicatie: actio libera in causa', p. 94.

<sup>514</sup> Zie bijv. Van Hamel & Van Dijk 1927, 'Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht', p. 310 en Van Hattum 1953, 'Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht: algemene leerstukken', p. 330.

<sup>515</sup> Zie bijv. Wemes 1990, 'Strafbaarheid en zelfintoxicatie: actio libera in causa', p. 97-104. Wemes betoogt dat voorwaardelijk opzet (kenmerk 2') in de context van de anterieur-opzetconstructie al snel beneden de maat is bij doleuze, materieel omschreven commissiedelicten.

<sup>516</sup> In dit geval gaat het om vier kenmerken die zich al dan niet kunnen voordoen. Dat leidt tot talloze combinaties waarbij de vraag gesteld kan worden of de specifieke combinatie van kenmerken als opzet heeft te gelden. Bijvoorbeeld: kan de combinatie van (I) de afwezigheid van doelopzet, (II) de aanwezigheid van zekerheidsbewustzijn, (III) de aanwezigheid van onbepaaldheid en (IV) de afwezigheid van co-existentie bestempeld worden als strafrechtelijk opzet? Het spreekt voor zich dat de complexiteit toeneemt als er meer thema's bij de afweging worden betrokken. De kern van mijn opvatting is dat de vraag naar de grenzen van het opzet niet versmald moet worden tot de vraag of het aannemen van opzet in het specifieke geval redelijk is. Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 341-346 met betrekking tot een delictsafhankelijke interpretatie van opzet.

van doelopzet: de actor wordt niet gestuurd door de wens een ander van het leven te beroven. Het tweede verschil heeft betrekking op de afwezigheid van zekerheidsbewustzijn: de actor is zich slechts bewust van een aanmerkelijke kans dat zijn handeling de dood van een ander zal veroorzaken.

De omstandigheid dat het anterior-opzetgeval gekenmerkt wordt door de afwezigheid van doelopzet en zekerheidsbewustzijn stuit uiteraard niet op bezwaren in verband met de huidige Nederlandse dogmatiek. Het strafrechtelijk opzetbegrip is niet beperkt tot doelopzet en zekerheidsopzet. Het sinds jaar en dag geaccepteerde voorwaardelijk opzet kan worden toegepast in gevallen waarin het gevolg noch gewild is, noch met zekerheid is voorzien.<sup>517</sup> Voorwaardelijk opzet volstaat niet alleen bij voltooide delicten, maar het is zelfs voldoende bij voorbereiding en poging.<sup>518</sup> De brede aanvaarding van voorwaardelijk opzet illustreert in elk geval dat de betekenis in het spraakgebruik niet doorslaggevend is bij de interpretatie van het begrip. De omlijning van het begrip opzet wordt primair beheerst door inhoudelijke argumenten.

#### 6.6.2.4 Onbepaaldheid van het opzet-object

Het derde verschil tussen het anterior-opzetgeval dat centraal stond in paragraaf 6.6.2.2 en het archetypische opzetgeval betreft de onbepaaldheid van de geestesgesteldheid: de psychische act is betrokken op het feit dat de actor tijdens de rit een niet nader gespecificeerde ander van het leven zal beroven. De hier te beantwoorden vraag is of het gebeurde onder de delictsomschrijving van doodslag gebracht kan worden. Een gebeurtenis kan onder een doleuze delictsomschrijving gebracht worden als voldaan is aan de volgende drie vereisten:<sup>519</sup>

1. Er moet sprake zijn van *actus reus*.
2. Er moet sprake zijn van opzet.
3. Er moet voldoende correspondentie bestaan tussen het opzet-object en de *actus reus*.

De term 'opzet-object' verwijst naar de psychische voorstelling waar de opzet-act op gericht is. In het anterior-opzetvoorbeeld staat de *actus reus* vast: de actor heeft iemand van het leven beroofd door het aanrijden van de

<sup>517</sup> Zie hoofdstuk 3.

<sup>518</sup> Dit is niet gebruikelijk in de Angelsaksische doctrine. Zie bijv. Blomsma 2012, '*Mens rea* and defences in European criminal law', p. 161-163. Keijzer bekritiseert de extensieve uitleg in de Nederlandse doctrine in zijn noot onder HR 8 januari 2013, NJ 2013, 112.

<sup>519</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 288-290 en 374-381.



voorrangsgerechtigde fietser.<sup>520</sup> Dat betekent dat alleen het tweede en het derde vereiste nog ter discussie staan. In de eerste plaats is het de vraag of een dergelijk onbepaald psychisch object strafrechtelijk opzet kan opleveren. Indien die vraag bevestigend beantwoord wordt, dan is de volgende te beantwoorden vraag of dit onbepaalde opzet in voldoende mate met de *actus reus* in kwestie correspondeert.

De eerste vraag is of een onbepaald psychisch object opzet in strafrechtelijke zin kan opleveren. De psychische act in het anterieur-opzetgeval is gericht op de dood van *een* mens. Bovendien zijn het tijdstip, de plaats en de wijze van levensberoving in hoge mate onbepaald. Dergelijke onbepaaldheid levert geen dogmatische problemen op. De delictsomschrijving van doodslag stelt het van het leven beroven van 'een ander' strafbaar. De delictsomschrijving brengt tot uitdrukking dat het doden van een ander in beginsel wederrechtelijk is. De identiteit van het slachtoffer doet daarbij niet ter zake. Hetzelfde geldt voor het tijdstip, de plaats en de wijze van levensberoving. Wat voor het objectieve geldt, geldt tot op grote hoogte ook voor het subjectieve. Ook onbepaalde psychische acten kunnen als opzet in strafrechtelijke zin bestempeld worden.

Onbepaaldheid van het opzet-object laat zich het gemakkelijkst denken in deelnemingssituaties, omdat de actor daar vaak de controle over wat gaat gebeuren uit handen geeft aan derden. In HR 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6118 ging het om een vader die veroordeeld was wegens medeplegen van poging tot doodslag met zijn zoon. De Hoge Raad verstond de overwegingen van het Hof als volgt:

"Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte zijn zoon naar school heeft gebracht, hem een geladen pistool heeft verschaft en hem met dat pistool de school heeft laten binnengaan om daar [slachtoffer 1] neer te schieten, terwijl hij (verdachte) wist dat zich op dat tijdstip vele personen in de school bevonden en dat zijn zoon een ongeïmproviseerd schutter was. Op grond daarvan heeft het Hof geoordeeld dat de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat zijn zoon – wiens tot het bewijs gebezigde verklaringen erop neer komen dat hij het louter op [slachtoffer 1] had gemunt – ook andere personen die zich in de buurt van [slachtoffer 1] zouden bevinden, dodelijk zou treffen."<sup>521</sup>

In dit geval is het duidelijk dat de vader niet kon weten wie mogelijk slachtoffer zouden worden van de door zijn zoon in zijn afwezigheid te verrichten gedragingen. De onbepaaldheid van dit object – het door zijn zoon doden van

---

<sup>520</sup> Daar kan ook anders over gedacht worden. Zie Strijards 1983, 'Facetten van dwaling in het strafrecht', p. 227. Hij laat ruimte voor de stelling dat geen sprake is van causaliteit voor wat de *doleuze* delictsomschrijving betreft. In dat geval is hier enkel sprake van causaliteit in de zin van een *culpoos* delict. Ik zie geen reden de invulling van de causaliteit (zo sterk) af te laten hangen van het delict in kwestie.

<sup>521</sup> De Hoge Raad oordeelde dat het op opzet gerichte cassatiemiddel geen doel trof, omdat het middel op een onjuiste lezing van de bestreden uitspraak berustte.

“andere personen” – staat niet in de weg aan het aannemen van opzet in strafrechtelijke zin.

De aanwezigheid van een strafrechtelijk relevant opzet is op zichzelf beschouwd onvoldoende voor strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een voltooid delict. Een dergelijk opzet leidt alleen tot aansprakelijkheid indien voldoende correspondentie bestaat tussen het opzet-object en de *actus reus*. In dit soort gevallen is het de vraag of het vage opzet-object (de dood van *een* ander) in voldoende mate correspondeert met de zeer concrete *actus reus* (de dood van *dit* slachtoffer). Dat levert evenmin dogmatische problemen op. In de eerste plaats kan opgemerkt worden dat in het Nederlandse recht betrekkelijk lage eisen aan correspondentie worden gesteld.<sup>522</sup> Een van de voorstelling afwijkende causale gang van zaken of de *error in persona* staat niet snel aan het aannemen van correspondentie in de weg. In deze gevallen gaat het om de vergelijking tussen een concreet opzet-object en een concrete *actus reus*. Als het gaat om een onbepaald opzet-object, dan levert de vergelijking nog minder problemen op. De concrete *actus reus* kan immers gemakkelijk onder het vage opzet-object gebracht worden. In de bovenbesproken zaak geldt dat ieder mens dat door de zoon in de school zou worden gedood te beschouwen is als ‘een ander persoon’.<sup>523</sup> Bij een onbepaald opzet zal de correspondentievraag zelden problematisch zijn.<sup>524</sup>

<sup>522</sup> Vgl. Blomsma 2012, ‘*Mens rea* and defences in European criminal law’, p. 206-249 en De Hullu 2015, ‘Materieel strafrecht’, p. 228-230. De Hullu zet dit thema overigens in de sleutel van het begrip ‘*dolus generalis*’. De vraag hoe generaal het opzet moet worden uitgelegd, kan herleid worden tot de vraag welke afwijking is toegestaan tussen de als strafrechtelijk opzet te beschouwen geestesgesteldheid van de actor en de *actus reus*. Des te generaler het opzetbegrip is, des te minder correspondentie is vereist.

<sup>523</sup> Opzet bij medeplegen kan aanleiding geven tot extra complicaties. Opzet bij medeplegen van doodslag moet zijn gericht op het feit dat de actor een substantiële bijdrage zal leveren aan het doden van een ander. Anders dan bij plegen hoeft opzet niet betrokken te zijn op het feit dat de actor zelf de dood zal veroorzaken (vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 380-381, 387-388 en 418-421). Het opzet van de pleger heeft aldus betrekking op het feit dat de actor controle heeft met betrekking tot het gevolg (zie paragraaf 4.7). Het opzet van de medepleger hoeft echter alleen gericht te zijn op het hebben van controle met betrekking tot het leveren van een substantiële bijdrage aan het gevolg (zie paragraaf 6.8.3.4.b). Bij medeplegen van doodslag moet aan drie eisen worden voldaan: (1) Er moet sprake zijn van medeplegen (tezamen en in vereniging doden van een ander). (2) Er moet sprake zijn van opzet in de zin van medeplegen. (3) Er moet voldoende correspondentie bestaan tussen het opzet-object en de *actus reus*. De correspondentievraag doet zich pas voor als het gebeurde als medeplegen kan worden bestempeld (stap 1). Bij deze vraag spelen min of meer objectieve factoren een rol (zoals: heeft de actor een substantiële bijdrage geleverd aan het realiseren van dit gevolg?), maar subjectieve factoren kunnen ook van belang zijn (zoals: bestaat voldoende correspondentie tussen het opzet van de ene deelnemer en het opzet van de andere deelnemer?). De laatste vraag wordt bijvoorbeeld geproblematiseerd als de zoon na het doodschieten van het beoogde slachtoffer alle roodharigen in de school executeert vanwege een aan de vader onbekende roodhaarfobie. Dan ontbreekt mogelijk de correspondentie tussen de vaders opzet-object (het door de zoon doden van anderen) en de zoons op-

### 6.6.2.5 Gebrek aan co-existentie

#### 6.6.2.5.a Inleiding

Deze paragraaf is gewijd aan het essentiële kenmerk van anterior opzet: gebrek aan co-existentie. Dat houdt in dat opzet niet aanwezig is tijdens de gedraging die de dood veroorzaakt. In de Duitse en Engelse doctrine wordt als eis gesteld dat opzet en actus reus op hetzelfde moment aanwezig zijn.<sup>525</sup> In de Nederlandse doctrine wordt niet of nauwelijks aandacht aan dit thema besteed.<sup>526</sup>

Het komt mij voor dat een tijdsverschil tussen opzet en actus reus een factor is die geschaard kan worden onder de correspondentievraag. In deze benadering vormt het tijdsverloop tussen opzet en actus reus een van de normatieve factoren die een rol kunnen spelen bij het beantwoorden van de correspondentievraag. Een groot tijdsverloop tussen opzet en actus reus kan onder omstandigheden nopen tot het oordeel dat correspondentie ontbreekt.

Hieronder begin ik met het bespreken van een aantal gevallen waarin strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden aangenomen, hoewel geen sprake is van co-existentie tussen opzet en actus reus. Vervolgens sta ik stil bij de vraag of het anterior-opzetvoorbeeld in dezelfde sleutel kan worden geplaatst.

#### 6.6.2.5.b Andere manifestaties van gebrek aan co-existentie

Gebrek aan co-existentie laat zich – evenals het geval was bij onbepaaldheid van het opzet-object – gemakkelijk denken bij deelnemingsvormen. In HR 15 april 1986, NJ 1986, 740 werd de verdachte veroordeeld voor medeplegen

---

zet-object (het doden van roodharigen). Deze correspondentietoets kent strengere eisen dan de correspondentietoets bij plegen, omdat de abstracte delictsomschrijving niet als toetssteen fungeert voor de vraag of iets als medeplegen van een bepaald feit kan worden bestempeld. Indien de vaders bijdrage niet bestempeld kan worden als medeplegen van deze doodslag (stap 1), dan komt men niet toe aan de vraag of voldoende correspondentie bestaat tussen de vaders opzet-object en de actus reus (stap 3).

<sup>524</sup> Twee punten verdienen opmerking: (1) Er zijn grenzen aan de mate van onbepaaldheid. In paragraaf 6.6.2.6 geef ik een voorbeeld van een psychische act die zo onbepaald is dat de act niet meer als strafrechtelijk opzet kan gelden. (2) Zelfs bij een onbepaald opzet kan correspondentie ontbreken. In paragraaf 6.6.2.6 geef ik een voorbeeld waarbij correspondentie ontbreekt bij een onbepaald opzet.

<sup>525</sup> Vgl. Blomsma 2012, 'Mens rea and defences in European criminal law', p. 250-268.

<sup>526</sup> Blomsma 2012, 'Mens rea and defences in European criminal law', p. 269 concludeert: "The Dutch, by contrast, focus almost only on outcome. Pragmatic concerns simply outweigh any problems of legal theory. Many dogmatic problems are not clearly identified, let alone legitimized. This may lead one to question whether a requirement of contemporaneity even applies in this legal system."

van moord, hoewel hij niet bij de uitvoering aanwezig was geweest. De Hoge Raad oordeelde dat lijfelijke aanwezigheid geen noodzakelijke voorwaarde is voor medeplegen van moord. Daaruit vloeit mijns inziens voort dat de voor opzet vereiste psychische gesteldheid van de verdachte ook niet op het moment van uitvoering hoeft te worden gelokaliseerd. Opzet kan bijvoorbeeld ook worden aangenomen als de verdachte sliep op het moment dat de feitelijke uitvoerder de moord pleegde. In de in paragraaf 6.6.2.4 besproken deelnemingszaak werd het opzet van de vader ook op een eerder moment gelokaliseerd. Het moment dat de vader zijn zoon met een wapen de school liet binnengaan met de opdracht iemand van het leven te beroven, was daarvoor beslissend. Aan de geestesgesteldheid *tempore delicti* wordt geen aandacht besteed.<sup>527</sup>

Voor de meer accessoire deelnemingsvormen doen plegen, uitlokking en medeplichtigheid geldt dat het op het gronddelict gerichte opzet vaak op een ander moment wordt gelokaliseerd dan het tijdstip waarop het gronddelict wordt uitgevoerd. Het tijdsverschil zal vaak niet bijzonder groot zijn, maar ook een groot tijdsverschil hoeft niet noodzakelijkerwijs aan accessoire aansprakelijkheid in de weg te staan. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het verschaffen van wapens ten behoeve van een moord of het uitloven van een beloning om iemand te vermoorden. Het komt mij voor dat medeplichtigheid dan wel uitlokking ook kan worden aangenomen als de moord pas geruime tijd later plaatsvindt.

De conclusie kan zijn dat opzet bij deelnemingsvormen niet aanwezig hoeft te zijn tijdens de gedraging die de dood veroorzaakt. Opzet kan gelokaliseerd worden op het moment dat de actor de controle over door anderen uit te voeren gedragingen in meerdere of mindere mate uit handen geeft. De strafwaardigheid hangt ook grotendeels samen met het op dat tijdstip gelokaliseerde opzet.<sup>528</sup> Het aan de actor te maken verwijt is dat hij op dat moment opzettelijk een bijdrage levert aan een proces dat op een later moment gevaar voor rechtsgoederen kan opleveren.

Ik maak de overstap van deelnemen naar plegen. In gevallen waarin de actor alleen handelt, kan het zich eveneens voordoen dat een intentie ruim voor het te plegen delict aanwezig is. Dat is bijvoorbeeld het geval als de actor een door hemzelf te plegen moord beraamt. Er is dan sprake van een intentie

<sup>527</sup> In dit geval ging het overigens niet om een voltooid delict, maar om een begin van uitvoering.

<sup>528</sup> Of het al dan niet plaatsvinden van het grondfeit invloed heeft op de strafwaardigheid is een controversieel thema (*moral luck*). Zie hierover paragraaf 8.6.5.3. Als '*moral luck*' aanvaard wordt, dan verdient de actor meer straf indien het grondfeit plaatsvindt. Als '*moral luck*' niet aanvaard wordt, dan doet het al dan niet plaatsvinden van het gronddelict op zichzelf beschouwd niet ter zake voor de strafwaardigheid. De strafbaarstelling van de poging tot uitlokking (art. 46a Sr) laat zien dat een belangrijk deel van de strafwaardigheid reeds wordt gerealiseerd door de intentie om het feit uit te lokken.

in de zin van voorbereiding.<sup>529</sup> Anders dan bij de bovenbesproken deelnemingsgevallen geeft de actor de controle over het al dan niet plaatsvinden van het feit en de wijze waarop het eventueel plaatsvindt niet uit handen. Er zal ook opzet aanwezig zijn op het moment van het plegen van de moord of de poging daartoe. Het is derhalve niet nodig om bij de vaststelling van het opzet terug te grijpen op een eerder moment.<sup>530</sup> Als het delict niet tot uitvoering wordt gebracht, dan kan de vroege intentie een rol spelen in het kader van voorbereiding. Deze op de toekomst gerichte intentie wordt dermate strafwaardig geacht dat de helft van de maximumstraf die staat op het voorbereide delict opgelegd kan worden.<sup>531</sup>

Ook in gevallen waarin de actor alleen handelt, kan het zich echter voordoen dat de actor de controle over de gang van zaken verliest. Dat is bijvoorbeeld het geval als de actor gebruikmaakt van een werktuig, zoals een tijdbom. Het opzet van de actor wordt in dat geval niet gelokaliseerd op het moment dat de bom ontploft en een dode tot gevolg heeft. Controleverlies doet zich ook voor als de poging van de actor een ander dood te steken voorlopig mislukt, terwijl het slachtoffer veel later, en mede ten gevolge van andere factoren, toch komt te overlijden.<sup>532</sup> Opzet wordt niet gelokaliseerd op het moment dat het slachtoffer in het ziekenhuis overlijdt. Het gaat om het opzet op het moment van het steken. Ten slotte kan controleverlies zich goed voordoen in een omissiecontext. Stel, een vader moet zijn kind midden in de nacht

---

<sup>529</sup> Het verdient opmerking dat deze vroege intentie nog niet beschouwd kan worden als een opzet in de zin van een voltooid delict of een poging.

<sup>530</sup> Aanwijzingen met betrekking tot de eerder gemaakte plannen kunnen uiteraard wel bijdragen aan het bewijs van opzet tempore delicti. Materieelrechtelijk gezien gaat het echter alleen om het opzet tempore delicti.

<sup>531</sup> Aansprakelijkheid wegens voorbereiding kan uiteraard niet alleen op de intentie gebaseerd worden. De objectieve voorwaarden van art. 46 Sr dragen mijns inziens echter niet of nauwelijks bij aan de strafwaardigheid van de voorbereiding. De objectieve voorwaarden vormen veeleer een bewijsrechtelijk aangrijpingspunt om te kunnen straffen voor de intentie. Het incorporeren van bewijsrechtelijke eisen in het materiële recht zorgt ervoor dat bepaalde gedragingen die op zichzelf beschouwd strafwaardig zijn niet tot aansprakelijkheid kunnen leiden (bijvoorbeeld het gedegen en gedetailleerd plannen iemand met de handen te wurgen).

<sup>532</sup> Zie bijv. HR 7 mei 1985, NJ 1985, 821, waarin het slachtoffer van een steekpartij pas na een week kwam te overlijden. Uit het arrest kan volgen dat zelfs het tekortschieten van medische zorg niet aan causaal verband bij doodslag in de weg hoeft te staan. Uit het arrest volgt impliciet dat het tijdsverloop en het niet door de verdachte voorziene causale verloop niet aan correspondentie in de weg staan. Het verdient overigens opmerking dat de Hoge Raad de actus reus terug in de tijd plaatst: "[Het Hof heeft terecht geoordeeld dat] 'opzettelijk van het leven beroven' ook geschiedt op het tijdstip dat degene die zich daaraan schuldig maakt met het opzet een ander te doden zijnerzijds datgene heeft gedaan wat tot de dood van het slachtoffer leidt en niet slechts op het tijdstip waarop het slachtoffer aan het door de dader gepleegde geweld bezwijkt." Zo kon bewezen worden verklaard dat de verdachte het slachtoffer al op de dag van het steken van het leven had beroofd. In deze benadering doet zich geen gebrek aan co-existentie voor tussen het opzet en de actus reus, omdat (zogenaamd) gelijk al van het leven werd beroofd. Feit blijft dat opzet niet hoeft te worden gelokaliseerd op het moment dat de actus reus een week later tot voltooiing kwam.

een injectie geven, anders komt het te overlijden. De vader besluit zich te ‘verslapen’ en neemt een sterke slaappil in. Ook in dat geval wordt het opzet niet gelokaliseerd in de tijdsperiode waarin de injectie het kind in leven had kunnen houden. De vader is aansprakelijk wegens voltooide doodslag.

Gebrek aan co-existentie laat zich het moeilijkst denken in gevallen waarin een gepland of voorzien misdrijf uiteindelijk wordt uitgevoerd door een actieve en concrete handeling van de actor zelf. In de regel zal sprake zijn van dubbel opzet: opzet in de voorfase én opzet tijdens de uitvoering van het misdrijf. Ook bij actieve handelingen is controleverlies echter denkbaar. Daarbij kan gedacht worden aan iemand die zich laat hypnotiseren om op deze wijze iemand onopzettelijk te kunnen doodschieten.<sup>533</sup> Het hoge studeerkamergehalte van dit voorbeeld heeft te maken met het feit dat de gebruikelijke methodes om de geest te beïnvloeden – drank en drugs – niet snel zullen meebrengen dat het in de voorfase aanwezige opzet tempore delicti wegvalt als gevolg van de intoxicatie.<sup>534</sup> Als bij de gehypnotiseerde persoon tempore delicti geen opzet kan worden gelokaliseerd, dan is geen sprake van co-existentie tussen opzet op doodschieten en het doodschieten.<sup>535</sup> Opzet kan echter worden gelokaliseerd op het moment dat de actor de controle uit handen geeft. De parallel met doen plegen ligt voor de hand. De actor gebruikt zichzelf als een opzetloos werktuig.

Ik vat de hoofdlijnen van deze paragraaf samen. In het archetypische geval van doleuze aansprakelijkheid is sprake van co-existentie tussen opzet en actus reus. Bij de bespreking van deelnemingsvormen, plegen via een werktuig, tijdelijk mislukte pogingen, omissiegedragingen en zelf veroorzaakte onopzettelijkheid is gebleken dat laat gerealiseerde intenties niet aan aansprakelijkheid voor het voltooide delict in de weg hoeven te staan. Een kenmerkend aspect van de besproken gevallen is dat de actor de controle over de gang van zaken verliest. Het opzet wordt gelokaliseerd op het moment dat de actor de controle verliest.

#### 6.6.2.5.c Duiding van het anterieur-opzetvoorbeeld

Het is nu de vraag of het in paragraaf 6.6.2.2 gegeven anterieur-opzetvoorbeeld in dezelfde sleutel kan worden geplaatst. Kan ook in dit geval worden

<sup>533</sup> Ik ga er daarbij arguendo van uit dat dat mogelijk is. Het is mij er hier uitsluitend om te doen een zo sterk mogelijk voorbeeld te geven. Simester e.a. 2013, ‘Simester and Sullivan’s criminal law: theory and doctrine’, p. 171 geven het voorbeeld van een dia-beet die insuline slikt zonder eten tot zich te nemen, in de hoop dat hij in een semi-bewuste staat zijn huisgenoot zal mishandelen. Als zijn plan slaagt, dan kan volgens de auteurs opzet op mishandeling worden aangenomen.

<sup>534</sup> Vgl. Bijlsma 2011, ‘Drank, drugs en culpa. Zelfintoxicatie en *culpa in causa*: pleidooi voor een voorzienbaarheidseis’, p. 675-677.

<sup>535</sup> Het gebrek aan controle tempore delicti staat naar mijn mening niet in de weg aan het aannemen van actus reus, omdat voldoende controle aanwezig was in een eerder stadium.

gezegd dat het gebrek aan co-existentie tussen opzet en actus reus geen dogmatische bezwaren oplevert? Hieronder geef ik het voorbeeld nogmaals weer:

C drinkt zich een stevig stuk in de kraag. Op den duur besluit hij met de auto naar huis te rijden. Op het moment dat hij in de auto plaatsneemt, dringt het besef tot hem door dat er een aanmerkelijke kans bestaat dat hij door zijn gevaarlijke manier van rijden tijdens de rit een ander van het leven zal beroven. Hij toont zich echter bereid deze risico's te nemen en begint aan de gevaarlijke rit. Tijdens de rit rijdt hij op een doorgaans rustige kruising met hoge snelheid de van rechts komende voorrangsgerechtigde fietser D dood. Tijdens het naderen van de kruising is C zich niet bewust geweest van de aanmerkelijke kans dat D of andere verkeersdeelnemers het leven zouden kunnen verliezen.

Het bovenstaande voorbeeld verschilt in een aantal opzichten van de zojuist in paragraaf 6.6.2.5.b besproken voorbeelden van gebrek aan co-existentie. In de eerste drie daar besproken voorbeelden was de actor niet aanwezig op het moment dat de actus reus werd gerealiseerd (deelneming aan een door een ander gepleegd feit, plegen via een werktuig en de tijdelijk mislukte poging). In de laatste twee voorbeelden was de actor weliswaar fysiek aanwezig, maar was sprake van totale onbewustheid op het moment dat de actus reus werd vervuld (de slapende nalater en het hypnosegeval). In het bovenstaande anterior-opzetvoorbeeld is de actor eveneens fysiek aanwezig op het moment dat de actus reus wordt vervuld. Anders dan in het geval van de slapende nalater en het hypnosegeval moet echter worden aangenomen dat de actor tempore delicti wel de capaciteit tot het vormen van opzet heeft. Aan het begin van de rit bleek hij hier immers ook toe in staat.

Het bij het instappen gevormde opzet verdwijnt naar de achtergrond vanaf het moment dat de actor zich actief gaat bezighouden met autorijden. Dat kan verklaard worden door het verschil in perspectief. Het vóór de rit gevormde opzet heeft betrekking op de aanmerkelijke kans dat hij door zijn gevaarlijke manier van rijden tijdens de rit een ander van het leven zal beroven. De voorziene aanmerkelijke kans op de dood van een ander is gebaseerd op de cumulatie van risico's. De actor ziet onder ogen dat het 'ergens tijdens de rit' fout kan lopen. Tijdens de autorit verschuift het perspectief naar het moment in kwestie. Het is goed mogelijk dat de gedraging die uiteindelijk de dood zal veroorzaken niet extreem gevaarlijk is. Simpel gezegd: het stomdronken met hoge snelheid over een doorgaans rustige gelijkwaardige kruising rijden zonder het doel te hebben anderen of zichzelf te doden, gaat (bij lange na) niet gepaard met de aanmerkelijke kans op de dood van een ander.<sup>536</sup> Het risico is weliswaar veel groter dan het nuchter en met lagere snel-

---

<sup>536</sup> Deze kansinschatting is gebaseerd op kenmerken van het voorbeeld die een belangrijke invloed hebben op de kans op de dood van een ander. De assumptie is dat nietgenoemde kenmerken (zoals leeftijd van de bestuurder, type auto of persoonlijkheid)

heid over de kruising rijden, maar er is geen sprake van een aanmerkelijke kans op de dood van een ander. Tegen deze achtergrond valt ook te begrijpen dat de actor zich tijdens het naderen van de kruising niet bewust is geweest van een aanmerkelijke kans dat D of andere verkeersdeelnemers het leven zouden kunnen verliezen.<sup>537</sup>

In het voorbeeld is gestipuleerd dat de actor tempore delicti niet heeft beschikt over opzet. In het voorbeeld wordt niet geëxpliciteerd op welke wijze de afwezigheid van opzet zich manifesteert. De afwezigheid van opzet zou zich op de volgende vier manieren kunnen voordoen:

1. De actor heeft tijdens het naderen van de kruising het gevolg (de dood van een ander) als denkbeeldig verworpen. Dat betekent dat hij uiteindelijk tot het oordeel is gekomen dat het gevolg hier niet zal intreden.<sup>538</sup>
2. De actor was zich tijdens het naderen van de kruising bewust van een kleine, niet-aanmerkelijke kans op de dood. Deze geestesgesteldheid is het meest in overeenstemming met de op dat moment aanwezige objectieve risico's.<sup>539</sup>

---

niet een zodanige invloed zullen hebben dat de kans op de dood van een ander wel aanmerkelijk moet worden geacht. Het hier geëxpliciteerde impliciete kenmerk dat de actor niet tot doel heeft anderen of zichzelf te doden, brengt mee dat de actor zal trachten een ongeval te vermijden indien hij concreet voorziet dat een ongeval zich zal kunnen voordoen. De omstandigheid dat zowel de actor als potentiële slachtoffers gericht zullen zijn op het vermijden van een ongeval vormt een belangrijke reden voor de lage kansinschatting. Een belangrijk aspect van de te maken kansinschatting is het in te nemen perspectief. De kansinschatting wordt gelokaliseerd op het moment dat het nog niet duidelijk is of het pad van de bestuurder gekruist wordt door verkeer vanuit de zijwegen. Het feit dat het een rustige kruising betreft, brengt daarom mee dat de kans dat geen aanrijding zal plaatsvinden behoorlijk groot moet worden geacht. Het is niet juist de kansinschatting mede te baseren op kenmerken die zich in de werkelijkheid toevallig hebben voorgedaan. Dat is bijvoorbeeld het geval als gesteld wordt dat de kans dat deze aanrijding met deze fietser tot de dood leidt op ongeveer 100 procent moet worden getaxeerd. Zie daarover paragraaf 7.5.2, waar ik dieper inga op het bij de kansbepaling in te nemen perspectief. Ik realiseer mij terdege dat de keuze met betrekking tot de vraag welk perspectief moet worden ingenomen en welke factoren bij de kansinschatting moeten worden meegenomen normatief van aard is. Het voorbeeld beoogt enkel te illustreren dat een aanmerkelijke kans met betrekking tot een gehele rit opgesplitst kan worden in een veelheid van kleinere, niet-aanmerkelijke kansen met betrekking tot gedeelten van de rit.

<sup>537</sup> Voor zover de actor zich op een heel laat moment (vlak voor een onafwendbare aanrijding) realiseert dat er een aanmerkelijke kans is dat hij D zal doden, is geen sprake van opzet omdat de voor opzet benodigde controle ontbreekt. Zie paragraaf 4.7 en 6.4.4.4.

<sup>538</sup> Deze optie sluit niet uit dat hij eerder tijdens het naderen van de kruising de aanmerkelijke kans op de dood voor ogen heeft gehad. Zijn latere psychische act was echter niet meer betrokken op een aanmerkelijke kans op de dood. De latere act is dan beslissend. Zie paragraaf 5.2.2 over een volitieve duiding van een veranderde geestesgesteldheid.

<sup>539</sup> Zie paragraaf 7.2 over het onderscheid tussen de objectieve en subjectieve kans.



3. De actor heeft tijdens het naderen van de kruising niet aan het veroorzaken van de dood van een ander gedacht, maar hij was zich wel bewust van het feit dat hij een of meer verkeersnormen overtrad.
4. De actor is zich tijdens het naderen van de kruising noch bewust geweest van de mogelijkheid dat hij een ander zou kunnen doden noch van het feit dat hij een of meer verkeersnormen overtrad.

Hoewel in de eerste drie gevallen sprake is van een geestesgesteldheid, kan zij niet als opzet in strafrechtelijke zin worden beschouwd. In het laatste geval is in het geheel geen sprake van een geestesgesteldheid. In alle gevallen kan dus gesteld worden dat de actor *tempore delicti* geen opzet heeft gehad.

Alles overziend kan het anterior-opzetvoorbeeld geduid worden aan de hand van de volgende drie karakteristieken. In de eerste plaats geldt dat het anterior gelokaliseerde opzet van de actor gebaseerd is op de cumulatie van diverse kleinere risico's. In de tweede plaats beschikt de actor *tempore delicti* over de capaciteit tot het al dan niet vormen van opzet. Daarmee hangt samen dat de actor *tempore delicti* een behoorlijke mate van controle over zijn handelen heeft. In de derde plaats geldt dat de actor *tempore delicti* niet over opzet beschikt (zie de vier zojuist uitgesplitste mogelijkheden).

Als het anterior-opzetvoorbeeld wordt afgezet tegen de eerder gegeven voorbeelden van de slapende nalater en het hypnosegeval, dan tekenen zich een aantal verschillen af. Het derde kenmerk (afwezigheid van opzet *tempore delicti*) stemt overeen, maar dat is niet het geval ten aanzien van de eerste twee kenmerken. Bij de slapende nalater en het hypnosegeval lijkt er weinig op tegen te zijn het eerdere opzetmoment – het met de bedoeling iemand te doden nemen van een slaappil of zich met die bedoeling laten hypnotiseren – als aangrijpingsmoment voor strafrechtelijke aansprakelijkheid te nemen. Ik acht het goed mogelijk dat het anterior-opzetvoorbeeld eerder noopt tot aarzeling. De twee verschillen vormen daarvoor mogelijk een verklaring.<sup>540</sup> Hieronder ga ik in op de vraag of deze afwijkende kenmerken van het anterior-opzetvoorbeeld in de weg zouden moeten staan aan het aannemen van doleuze aansprakelijkheid. In paragraaf 6.6.2.5.d bespreek ik de cumulatie van risico's. In paragraaf 6.6.2.5.e komen de capaciteit tot opzetvorming en de aanwezige controle aan bod.

#### 6.6.2.5.d *Risicocumulatie*

Het eerste te bespreken kenmerk van het anterior-opzetvoorbeeld is dat het anterior gelokaliseerde opzet van de actor gebaseerd is op de cumulatie van

---

<sup>540</sup> Daarbij komt dat bij de slapende nalater en het hypnosegeval sprake is van drie van de vier eerder besproken kenmerken van het archetypische opzetgeval: doelopzet, zekerheidsbewustzijn en bepaaldheid van het opzet-object.

diverse kleinere risico's. Daarbij is van belang dat de gedraging die de dood uiteindelijk veroorzaakt niet gepaard gaat met de aanmerkelijke kans op de dood van een ander. Dat betekent dat de actor zich tijdens het naderen van de kruising terecht niet bewust is geweest van een aanmerkelijke kans op het op de kruising veroorzaken van de dood van een ander. Het aan het begin van de rit aanwezige opzet van de actor is gericht op het feit dat een van de tijdens de rit genomen risico's de dood van een ander zou kunnen veroorzaken. De actor voorziet dat de som der risico's een aanmerkelijke kans oplevert. Hieronder geef ik twee studeerkamervoorbeelden om het concept risicocumulatie te illustreren:

Terrorist A heeft als doel de vijand te demoraliseren door het opblazen van een belangrijk gebouw. Hij kan het gebouw opblazen door op een knop te drukken. Er bestaat een kans van 63 procent dat door het opblazen van het gebouw een mens het leven zal laten. Er is geen kans dat daardoor meer dan één dode valt. A heeft geen doelopzet op het doden van een mens. A, die geheel op de hoogte is van de relevante kansgrootte, drukt op de knop. De bom ontploft en een mens komt daardoor te overlijden.

Terrorist B heeft als doel de vijand te demoraliseren door het opblazen van auto's die in het bezit zijn van belangrijke mensen. Hij kan een auto opblazen door op een knop te drukken. A is van plan honderd auto's tot ontploffing te brengen, maar zal de uitvoering van zijn plan staken zodra daardoor een mens komt te overlijden. Er bestaat een kans van 1 procent dat door het opblazen van een auto een mens het leven zal laten. Er is geen kans dat daardoor meer dan één dode valt. Er bestaat een kans van 63 procent dat door het uitvoeren van B's plan een mens het leven zal laten.<sup>541</sup> B heeft geen doelopzet op het doden van een mens. B, die geheel op de hoogte is van de relevante kansgroottes, drukt  $x$  keer op de knop. Elke keer als B drukt is hij zich bewust van de kansgrootte van 1 procent. Van de cumulatieve kansgrootte van 63 procent is hij zich alleen voorafgaand aan de gang van zaken bewust geweest. Op de  $n$ -de keer komt door het ontploffen van een autobom een mens te overlijden.

In de voorbeelden wordt gestipuleerd dat de actor niet met doelopzet op de dood handelt, omdat in de heersende opvatting geen bewustheid van de aanmerkelijke kans wordt vereist in het geval van doelopzet.<sup>542</sup> De voorbeel-

<sup>541</sup> De kans van 63 procent is bepaald door de cumulatieve kans te berekenen dat er ten minste 1 dode zal vallen indien het binomiale experiment 100 keer wordt uitgevoerd. In dit voorbeeld staakt de actor zijn plannen zodra er een dode valt, want anders zou er meer dan één dode kunnen vallen. In dat geval laten de twee voorbeelden zich minder goed met elkaar vergelijken.

<sup>542</sup> Zie bijv. Knigge & Wolswijk 2015, 'Het materiële strafrecht', p. 112, 122 en 230 alsmede Machielse 2016, aantekening 5.3.5 en 5.6 over 'opzet' (NLR). Zelf heb ik een andere visie verdedigd. Zie Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 346-370 en 409-411.

den beogen uit te drukken dat de actor in beide gevallen handelt ondanks de bewustheid van een identieke kans van ongeveer 63 procent. Het verschil is dat deze kansgrootte in het tweede voorbeeld wordt bereikt door cumulatie van kansen van 1 procent. De assumptie daarbij is dat een kans van 1 procent een niet-aanmerkelijke kans oplevert, terwijl de kans van 63 procent wel als aanmerkelijk is te beschouwen.

Het staat buiten kijf dat in het eerste geval sprake is van doodslag. Er is voldaan aan de in paragraaf 6.6.2.4 voor het voetlicht gebrachte vereisten van doleuze aansprakelijkheid. Er is een opzet, er is een *actus reus* en er is evident sprake van correspondentie tussen het opzet en de *actus reus*. Het is vervolgens de vraag of het tweede geval tot een andere uitkomst zou moeten leiden. Ook in dat geval fungeren de drie vereisten van doleuze aansprakelijkheid als toetssteen.

Het eerste vereiste – de *actus reus* – levert geen probleem op. B heeft door het laten ontploffen van de *n*-de autobom een mens gedood.

De tweede te beantwoorden vraag is of B's geestesgesteldheid als opzet in strafrechtelijke zin kan worden beschouwd. Vlak voor het tot ontploffing brengen van de bom was geen sprake van opzet: er was immers slechts sprake van expliciete bewustheid ten aanzien van een niet-aanmerkelijke kans. In een eerder stadium was B zich echter wel degelijk expliciet bewust van de aanmerkelijke kans dat een van de ontploffingen tot de dood van een mens zou leiden. Het opzet-object kenmerkt zich door onbepaaldheid. De actor voorziet niet wanneer iemand (mogelijk) van het leven wordt beroofd. Ik zie geen reden waarom deze vorm van onbepaaldheid in de weg zou moeten staan aan het aannemen van opzet in strafrechtelijke zin. Waar het om gaat is dat B een concrete causale relatie tussen zijn handelingen en de dood van een ander percipieert.

De derde te beantwoorden vraag is of deze als opzet te bestempelen geestesgesteldheid in voldoende mate correspondeert met de *actus reus*. Dat lijkt mij het geval. De wijze waarop het slachtoffer is overleden, is in overeenstemming met de door B gevisualiseerde gang van zaken.

De conclusie kan zijn dat het eerste verschil tussen het anterieur-opzetvoorbeeld enerzijds en het geval van de slapende nalater en het hypnosegeval anderzijds (kanscumulatie) niet in de weg staat aan het aannemen van opzet. Deze conclusie is in overeenstemming met Hiv-arrest IV.<sup>543</sup> In Hiv-arrest III had de Hoge Raad geoordeeld dat er in hiv-gevallen alleen sprake kan zijn van een aanmerkelijke kans indien zich bijzondere, risicoverhogende omstandigheden voordoen.<sup>544</sup> In Hiv-arrest IV nam het Hof een aanmerkelijke kans aan, omdat de besmettingskans van 1 op 200 tot 300 nog aanzienlijk werd vergroot door het veelvuldige seksuele contact tussen de verdachte en zijn partner. De Hoge Raad ging hier echter niet in mee en overwoog het volgende:

---

<sup>543</sup> HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9659.

<sup>544</sup> HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1860.

“Dat de verdachte en zijn partner veelvuldig seksuele contacten hebben gehad (...) kan weliswaar als een zekere verhoging van vorenbedoeld risico worden beschouwd, maar [kan] niet worden aangemerkt als een bijzondere, risicoverhogende omstandigheid”.

Uit deze overweging kan naar mijn mening afgeleid worden dat de Hoge Raad op zichzelf beschouwd geen bezwaar heeft tegen doleuze aansprakelijkheid in de context van kanscumulatie. In casu leidt de risicocumulatie in de ogen van de Hoge Raad niet tot strafrechtelijke aansprakelijkheid, omdat het veelvuldig nemen van deze kleine risico's slechts “een zekere verhoging” tot gevolg zou hebben.<sup>545</sup> In het anterieur-opzetvoorbeeld dat centraal staat in deze paragraaf is echter sprake van een cumulatieve kans van 63 procent. Dat lijkt ruimschoots voldoende te zijn om de drempel van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ te bereiken.

#### 6.6.2.5.e Capaciteit tot opzetvorming en controle

Als kanscumulatie niet in de weg hoeft te staan aan doleuze aansprakelijkheid, dan is het de vraag of het andere verschil tussen het anterieur-opzetvoorbeeld enerzijds en het geval van de slapende nalater en het hypnosegeval anderzijds problematisch is. In het anterieur-opzetvoorbeeld beschikt de actor tempore delicti over de capaciteit tot het al dan niet vormen van opzet en heeft hij een behoorlijke mate van controle over zijn handelen.

Deze twee met elkaar samenhangende factoren nodigen ertoe uit de aandacht te focussen op het moment dat de fietser aangereden wordt. Dat kan gemakkelijk tot de slotsom leiden dat de actor slechts bewuste schuld had met betrekking tot het veroorzaken van de dood van het slachtoffer in kwestie.<sup>546</sup> Het is vervolgens de vraag of het aannemen van bewuste schuld tempore delicti ertoe noopt het vroege opzetmoment buiten beschouwing te laten. Ik zou menen dat die vraag ontkennend beantwoord moet worden, aangezien het ontbreken van opzet tempore delicti zich goed laat verenigen met het abstracte, op de gehele rit gericht zijnde opzet bij aanvang van de

<sup>545</sup> Dat de kansgrootte in casu niet aanmerkelijk werd geacht door de Hoge Raad kan primair worden verklaard door inachtneming van normatieve factoren (terughoudendheid in verband met volksgezondheidsbelangen). Op statistische gronden is het minder goed te begrijpen waarom veelvuldige seksuele contacten slechts leiden tot “een zekere verhoging van vorenbedoeld risico”. Cumulatieve kansgroottes van iets hoger dan respectievelijk 10 procent, 25 procent, 50 procent of 70 procent kunnen worden bereikt indien een kans van 0,5 procent (1 op 200) respectievelijk 22 keer, 58 keer, 139 keer of 241 keer wordt genomen. Dat lijkt mij niet alleen een substantiële verhoging op te leveren, maar het gaat in de hogere regionen ook om kansgroottes die op zichzelf beschouwd substantieel genoemd mogen worden. Zie paragraaf 3.5 en 7.4.

<sup>546</sup> Zie de in paragraaf 6.6.2.5.c besproken mogelijkheden: (1) het gevolg als denkbeeldig verwerpen; (2) bewustheid van een niet-aanmerkelijke kans; en (3) een bewuste normovertreding. De vierde mogelijkheid had betrekking op onbewuste schuld.

rit.<sup>547</sup> Het feit dat tempore delicti slechts sprake is van bewuste schuld kan niet geduid worden als een veranderde attitude. Integendeel, het gebeurde past precies in de vooraf door de actor gevisualiseerde gang van zaken. In een bepaald opzicht is het aan deze actor te maken verwijt nog groter dan in het geval van de slapende nalater en het hypnosegeval. Het valt de actor te verwijten dat hij tijdens de rit niet terugkomt op zijn vroege intentie. Het verwijt is dat hij niet gepoogd heeft terug te treden van het voorbereiden dan wel het pogen een ander van het leven te beroven. De actor heeft opzet bij aanvang van de rit en tijdens de rit beschikt hij over een culpose attitude. In dit bijzondere geval tast een culpose attitude het opzet niet aan. Integendeel, de attitude vergroot juist het verwijt dat aan de actor te maken is.

De situatie laat zich tot op zekere hoogte vergelijken met het gezamenlijk plegen van een diefstal waarbij door de mededader geweld wordt gebruikt. De actor kan ook aansprakelijk zijn als medepleger van diefstal met geweld<sup>548</sup> als hij zich tempore delicti niet meer goed kon distantiëren van het gebruikte geweld. Dat kan zich voordoen als de actor reeds in een eerder stadium – toen duidelijk werd dat de ander gewapend was – heeft nagelaten zich te distantiëren.<sup>549</sup> Ook in dat geval heeft de actor enige controle en beschikt hij over de capaciteit tot het vormen van opzet tempore delicti. De anterieur aanwezige bewustheid van de aanmerkelijke kans dat geweld zou worden gepleegd door de ander had de actor er toen toe moeten nopen zich te distantiëren van deze handelwijze.<sup>550</sup> De anterieur-opzetconstructie in het verkeer kan tot op zekere hoogte beschouwd worden als het medeplegen van een door hemzelf gepleegd delict. De gedraging van de rijdende Zelf 2 is beslissend voor de actus

---

<sup>547</sup> Dat kan anders zijn bij een op een concreet voorval gericht opzet. Als iemand tot het inzicht komt dat een door hem beoogde handeling bij nader inzien toch niet gepaard gaat met een aanmerkelijke kans, dan dient deze vroege intentie naar mijn mening niet te leiden tot doleuze aansprakelijkheid.

<sup>548</sup> De actor is strikt gezien een pleger van diefstal met geweld door twee verenigde personen (art. 312 Sr).

<sup>549</sup> In HR 20 januari 1998, NJ 1998, 426 overwoog de Hoge Raad als volgt: “Het Hof is (...) klaarblijkelijk van oordeel dat de verdachte zich enerzijds bewust is geweest van de aanmerkelijke kans dat geweld zou worden gepleegd door de ander en anderzijds zich niet heeft gedistancieerd van de gedragingen van die ander. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk. Zelfs al zou de verdachte, zoals het middel betoogt, in verband met de snelheid waarmee de situatie zich ontwikkelde niet in de gelegenheid zijn geweest om (te trachten) de ander tegen te houden, dan laat dat onverlet (...) dat de verdachte zich niet reeds in een eerder stadium, namelijk toen hem duidelijk werd dat de ander gewapend was, heeft gedistancieerd.”

<sup>550</sup> In het licht van HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474 moet er wel voor worden gewaakt dat de intellectuele en/of materiële bijdrage van de actor aan het delict van voldoende gewicht is. Dat betekent in dit geval dat zijn rol in de voorfase van voldoende gewicht moet zijn geweest. Aangezien het geweld in casu slechts een strafverzwarende factor is, kan de actieve betrokkenheid van de actor zich ook primair manifesteren met betrekking tot de diefstal.

reus. De geestesgesteldheid van de niet van het rijden afziende Zelf 1 is beslissend voor het opzet.<sup>551</sup>

De aansprakelijkheid van de bestuurder zou ook in de sleutel geplaatst kunnen worden van het in paragraaf 5.2.4.3 besproken thema van onbewuste wetenschap. Ik heb daar betoogd dat voor strafrechtelijke aansprakelijkheid voor doleuze delicten in elk geval expliciete wetenschap nodig is ten aanzien van de kernbestanddelen van een delict. Het gaat bij expliciete wetenschap om wetenschap die op de voorgrond van de geest aanwezig is. Impliciete wetenschap – dat wil zeggen wetenschap die iemands handelen stuurt zonder dat de persoon zich daarvan actief bewust is – is niet voldoende voor strafrechtelijk opzet. In het anterieur-opzetvoorbeeld is sprake van een combinatie van beide vormen van wetenschap. Aan het begin van de rit is sprake van expliciete wetenschap met betrekking tot de aanmerkelijke kans op de dood van een ander. Tijdens de rit verplaatst deze wetenschap zich naar de achtergrond van de geest en maakt zij op sommige momenten (mogelijk) plaats voor een vorm van impliciete wetenschap die niet als opzet valt te kwalificeren. Dat neemt echter niet weg dat het handelen van de actor nog steeds gestuurd wordt door zijn opzet met betrekking tot het veroorzaken van de dood van een ander tijdens de rit.<sup>552</sup> De omstandigheid dat tempore delicti nog steeds sprake is van impliciete wetenschap vormt een argument voor het aannemen van correspondentie. Daardoor kan gesteld worden dat voldoende verband bestaat tussen het eerder gelokaliseerde opzet en de latere actus reus. Dat zou anders zijn als de bestuurder tijdens de rit tot het inzicht komt dat hij ‘fout bezig is’ en veel voorzichtiger gaat rijden. Indien dan onverhoopt een ongeluk zou plaatsvinden waarbij een ander komt te overlijden, dan is alleen nog ruimte voor het aannemen van culpose aansprakelijkheid.<sup>553</sup>

#### 6.6.2.6 *Besluit*

Deze paragraaf stond in het teken van een dogmatische plaatsbepaling van anterieur opzet. De plaatsbepaling heeft gestalte gekregen aan de hand van een vergelijking tussen een anterieur-opzetvoorbeeld en een archetypisch geval van opzet. Het anterieur-opzetvoorbeeld wijkt in vier opzichten af van het archetypische opzetvoorbeeld: (1) afwezigheid van doelopzet; (2) afwezigheid van zekerheidsbewustzijn; (3) onbepaaldheid van het opzet-object; en (4) gebrek aan co-existentie. In paragraaf 6.6.2.3 tot 6.6.2.5 ben ik uitge-

<sup>551</sup> De terminologie van Zelf 1 en Zelf 2 is ontleend aan: Gallwey 1974, ‘The inner game of tennis’.

<sup>552</sup> Vgl. Kelk & De Jong 2016, ‘Studieboek materieel strafrecht’, p. 279-282. Zij betogen dat een eerder gevormd opzet een voldoende sturende rol moet hebben gespeeld tijdens de uitvoering van het delict.

<sup>553</sup> De culpose aansprakelijkheid heeft betrekking op het ongeval dat heeft plaatsgevonden na het voorzichtiger gaan rijden. Daarnaast dient nog de vraag te worden beantwoord of het voorzichtiger gaan rijden moet worden gezien als een vrijwillige terugtred van een poging tot doodslag. Zie paragraaf 6.6.2.6 en 6.6.4.3 over de poging.

breid ingegaan op deze karakteristieken. Daarbij is de meeste aandacht uitgegaan naar het zojuist besproken gebrek aan co-existentie. Ik ben tot de conclusie gekomen dat alle vier niet-archetypische kenmerken op zichzelf beschouwd passen binnen de huidige Nederlandse dogmatiek. Ik verbind daaraan de conclusie dat hetzelfde heeft te gelden voor het geval waarin alle niet-archetypische kenmerken zich tegelijkertijd voordoen. Dat brengt mee dat geen dogmatische bezwaren bestaan tegen het toepassen van de anterior-opzetconstructie. Hieronder zal ik aandacht besteden aan een aantal vragen die kunnen rijzen in verband met de anterior-opzetconstructie.

De anterior-opzetconstructie is besproken in het kader van het voltooide delict. Als geen gevolg intreedt, dan kan een op een uit te voeren rit betrekking hebbend opzet van de actor een rol spelen bij de poging. Aansprakelijkheid voor een poging zou zich kunnen voordoen als de gevaarlijke rit uit het anterior-opzetvoorbeeld niet tot de dood van een ander zou leiden. In zo'n geval zal de gehele gevaarlijke rit als begin van uitvoering moeten worden gezien.<sup>554</sup> Dit geval kan geclassificeerd worden als anterior opzet, omdat opzet niet op alle momenten waarop sprake is van een uitvoeringshandeling wordt gelokaliseerd. Dat betekent dat geen (voortdurende) co-existentie bestaat tussen het opzet en het begin van uitvoering.

In theorie laat het zich denken dat een op een uit te voeren rit betrekking hebbend opzet een rol speelt in verband met voorbereiding van doodslag.<sup>555</sup> In dat geval is geen sprake van anterior opzet in de betekenis die daaraan in deze paragraaf wordt toegekend, omdat er geen *actus reus* of begin van uitvoering is ten opzichte waarvan het opzet vroeg wordt gelokaliseerd. Voorbereiding wordt doorgaans gekarakteriseerd door het feit dat het opzet van de actor geruime tijd wordt gelokaliseerd voor het moment dat de uitvoering zou plaatsvinden. Het kenmerk van voorbereiding is dat geen correspondentie wordt vereist tussen dit opzet en een op de uitvoering van het delict gerichte *actus reus*. De interessante vraag in hoeverre een op een uit te voeren rit betrekking hebbend opzet kan leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens voorbereiding, zal ik hier niet verder uitdiepen. In de praktijk laat het zich nauwelijks denken dat het bewijs van het voor voorbereiding vereiste opzet zal kunnen worden geleverd.

De constatering dat geen principiële bezwaren bestaan tegen de anterior-opzetconstructie brengt uiteraard niet mee dat de benadering niet aan grenzen gebonden is. Iemands gedachte dat er een aanmerkelijke kans is dat hij ergens in de rest van zijn (hopelijk) lange werkzame leven als beroepschauffeur de dood van een ander zal veroorzaken, kan geen basis vormen voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. De voorstelling met betrekking tot de causale relatie tussen het gedrag van de actor en het gevolg is dermate vaag

---

<sup>554</sup> Dat is ook het geval als zich een niet-dodelijk ongeval voordoet. Het begin van uitvoering moet niet beperkt worden tot de concrete gedraging die tot het ongeval heeft geleid. In paragraaf 6.6.4.3 ga ik nader in op de poging in de context van de anterior-opzetconstructie.

<sup>555</sup> Ook bij voorbereiding volstaat voorwaardelijk opzet. Zie HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH9030.

en over de tijd uitgesmeerd dat de voorstelling niet meer als opzet in strafrechtelijke zin kan worden beschouwd. Door het ontbreken van opzet kan derhalve nooit voldaan worden aan de eisen van voorbereiding, poging of het voltooide delict.<sup>556</sup> In mijn optiek heeft een psychische act uitsluitend als opzet in de zin van een voltooide delict of een poging te gelden als de voorstelling betrekking heeft op een gedraging of een serie van met elkaar samenhangende gedragingen die er op dat moment toe zouden kunnen nopen te kiezen voor vermindering van het voorgestelde.<sup>557</sup> Het aan de actor te maken verwijt is dat hij niet gekozen heeft voor een concreet gedragsalternatief. De gedachte 'deze rit gaat waarschijnlijk tot een dode leiden' nodigt uit te kiezen voor een concreet gedragsalternatief: niet rijden of op minder gevaarlijke wijze rijden. Dat is niet het geval bij de gedachte 'ergens in mijn leven zal ik waarschijnlijk een dode in het verkeer veroorzaken'. Deze gedachte noopt niet tot het maken van één concrete keuze waarmee het gevisualiseerde gevolg voorkomen kan worden. Ik meen daarom dat de anterior-opzetconstructie in de verkeerscontext beperkt moet blijven tot één gevaarlijke rit.

Een tweede begrenzing van de anterior-opzetconstructie houdt verband met correspondentie. De onbepaaldheid van het opzet-object brengt mee dat gebrek aan correspondentie zich niet snel voordoet, maar dit laat zich onder omstandigheden wel denken. Stel, de bestuurder uit het anterior-opzetvoorbeeld wordt tijdens de rit geconfronteerd met een suïcidaal persoon die vanachter de bosjes voor zijn auto springt. Deze persoon wordt overreden en vindt ogenblikkelijk de dood. In dat geval zou betoogd kunnen worden dat onvoldoende correspondentie bestaat tussen het opzet-object en de wijze waarop het gevolg uiteindelijk is ingetreden.<sup>558</sup> Dat betekent dat geen sprake is van een voltooide doodslag. Indien de tot dan toe uitgevoerde rit kan worden beschouwd als een begin van uitvoering, kan echter nog steeds aansprakelijkheid bestaan wegens poging tot doodslag.

<sup>556</sup> Als de actor door onoplettendheid iemand doodrijdt op het moment van deze gedachte komt men dus niet toe aan de vraag of deze actus reus voldoende correspondeert met de psychische act, aangezien de act niet als opzet bestempeld kan worden. Andere manieren om niet tot strafrechtelijke aansprakelijkheid te komen, zijn de volgende: (1) Hoewel wel sprake is van opzet, is geen sprake van causaal verband – een onderdeel van de actus reus – tussen de actors gedraging en de dood voor wat de doleuze delictsomschrijving betreft. Vgl. Strijards 1983, 'Facetten van dwaling in het strafrecht', p. 227. (2) Hoewel wel sprake is van opzet en actus reus, is geen sprake van correspondentie tussen dit opzet en de actus reus. Gemeenschappelijk aan alle benaderingen is dat normatieve factoren in de weg staan aan doleuze aansprakelijkheid. In mijn benadering worden (enige) kwaliteitseisen gesteld aan de voorgestelde causale relatie. Zie in dat verband ook paragraaf 4.7 ten aanzien van voorgestelde controle. In de andere benaderingen gaat het vooral om de relatie tussen gedraging en gevolg (causaliteit) dan wel om de relatie tussen het psychische en het gevolg (correspondentie). Het voordeel van mijn benadering is mijns inziens dat dezelfde oplossing kan gelden voor voorbereiding, poging en het voltooide delict, aangezien de oplossing in het ontbreken van opzet wordt gevonden.

<sup>557</sup> Aan opzet in de zin van voorbereiding kunnen minder strenge eisen worden gesteld.

<sup>558</sup> De opvatting dat causaal verband tussen de gedraging en de dood ontbreekt, is ook verdedigbaar.



Ik kom tot een afronding van deze paragraaf. Hoewel de anterior-opzetconstructie afwijkt van de gebruikelijke wijze waarop doleuze aansprakelijkheid wordt vormgegeven, bestaan er op zichzelf beschouwd geen dogmatische bezwaren tegen de constructie. Het verwijt dat de actor in beginsel gemaakt kan worden is dat hij op een concreet tijdstip ervoor had kunnen en moeten kiezen af te zien van een gedraging dan wel een aaneenschakeling van met elkaar samenhangende gedragingen waarvan hij voorzag dat er een aanmerkelijke kans bestond dat een onbekend persoon *x* op een onbekend tijdstip *y* op onbekende wijze *z* van het leven beroofd zou kunnen worden. De actor had er hetzij voor kunnen kiezen geheel af te zien van de gevaarlijke rit, hetzij hij had ervoor kunnen kiezen zich op te stellen als een ‘redelijke dronken rijder’ zodat de risico’s van de rit beperkt zouden blijven.<sup>559</sup> Door deze keuze niet te maken, aanvaardt de actor de aanmerkelijke kans op de dood van een ander.

### 6.6.3 Rechtspraak

#### Zaak 5a

Rechtbank Utrecht 8 mei 1992, VR 1993, 6

Waas

De verdachte had onder invloed van alcohol na zonsondergang met zijn bus een meisje van zeventien jaar oud aangereden. Het meisje is als gevolg van het ongeval om het leven gekomen. De rechtbank veroordeelt de verdachte wegens doodslag. De volgende overwegingen zijn van belang in verband met het opzet:

“Verdachte is (...) meermalen veroordeeld voor verkeersmisdrijven verband houdend met alcoholgebruik.

Uit de verklaringen van de ex-echtgenote van verdachte en van zijn zoon blijkt dat verdachte de afgelopen tien jaar vele malen na het gebruik van een aanmerkelijke hoeveelheid alcoholhoudende drank een auto heeft bestuurd, bij welke gelegenheden verdachte meermalen aanrijdingen of botsingen heeft veroorzaakt.

Uit de verklaringen van vorenvermelde personen blijkt voorts dat verdachte bij herhaling gewezen is op de grote risico’s die het rijden onder invloed van alcoholhoudende drank oplevert. Zowel de ex-echtgenote van verdachte als diens zoon hebben verdachte meermalen gewaarschuwd dat er ten gevolge van het rijden door verdachte na gebruik van alcoholhoudende drank nog eens slachtoffers zouden vallen.

---

<sup>559</sup> Zie Husak 1998, ‘Reasonable risk creation and overinclusive legislation’ en Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 143 over de ‘redelijke dronken rijder’.

Ook verdachte zelf heeft verklaard door familieleden meermalen er voor te zijn gewaarschuwd dat hij met drank op nog eens iemand zou (kunnen) doodrijden.

[Als vaststaand moet] worden aangenomen dat verdachte, terwijl hij slingerend met een snelheid van ongeveer 60 km per uur over de Brenninckmeijerlaan reed, niet of nagenoeg niet in staat was andere verkeersdeelnemers waar te nemen, omdat verdachte – in zijn beleving – door een soort waas van mist reed welke zodanig dicht was dat hij, aldus verdachte, zelfs een vrachtauto niet had kunnen waarnemen.

Verdachte heeft verklaard (...) dat de route die hij heeft gereden hem zeer bekend is en dat hem bekend is dat van de Brenninckmeijerlaan veelvuldig gebruik wordt gemaakt door fietsers en voetgangers. Verdachte heeft voorts gezegd dat hij, als hij niet gedronken heeft, met laatstgenoemd feit zeer zeker rekening houdt.

Vorenvermelde feiten en omstandigheden dwingen tot de conclusie dat verdachte, door in vorenvermelde staat een auto te besturen over de Brenninckmeijerlaan, naar objectieve maatstaven beoordeeld, zich bewust heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat hij met de door hem bestuurde auto met aanmerkelijke snelheid zou opbotsen of aanrijden tegen een zich aldaar op de rijbaan of in een berm bevindende voetganger die daardoor zou kunnen komen te overlijden.

Of verdachte zich ook kort voor de aanrijding of botsing werkelijk heeft gerealiseerd welke aanmerkelijke risico's zijn rijden op dat moment voor anderen en hemzelf opleverde, is voor vorenomschreven conclusie niet van belang. Indien en voor zover verdachte zich in dat tijdsbestek dat aanmerkelijke risico niet bewust geweest is, werd het ontbreken van een dergelijk bewustzijn immers veroorzaakt door het voordien door verdachte gebruiken van aanmerkelijke hoeveelheden alcoholhoudende drank waarvan de werking verdachte bekend was.

Het door verdachte zich bewust blootstellen aan de aanmerkelijke kans met de door hem bestuurde auto een dodelijke botsing of aanrijding met een voetganger te veroorzaken leidt er toe dat naar het oordeel van de rechtbank [doodslag bewezen dient te worden verklaard.]

Met betrekking tot de aard en de ernst van de feiten en de omstandigheden waaronder deze zijn begaan, heeft de rechtbank het volgende overwogen:

- verdachte is, ondanks vele waarschuwingen, en hoewel hij wist dat hij die bewuste dag veel te veel had gedronken om zijn bestelauto naar behoren te kunnen besturen, gaan rijden en blijven rijden;
- verdachte heeft aldus door zijn gedrag welbewust een zéér ernstig verkeersongeval veroorzaakt, waarbij een jonge vrouw van 17 jaar om het leven is gekomen (...)."

## **Zaak 5b**

HR 17 februari 2004, NJ 2004, 323, ECLI:NL:HR:2004:AN9360

Veertig bier<sup>560</sup>

De verdachte was naar de kermis gereden in een Mitsubishi Pajero. Op de kermis had hij naar eigen zeggen in de loop van de middag en avond ongeveer veertig bier tot zich genomen. Hij liet zijn oorspronkelijke plan varen om de auto te laten staan en besloot naar het huis van zijn vriendin te rijden. Verschillende getuigen hebben verklaard dat het rijgedrag van de verdachte kort na vertrek zeer gevaarzettend is geweest. Op den duur reed de verdachte met een snelheid die ruim hoger was dan de ter plaatse toegestane snelheid van 50 kilometer per uur. Vervolgens heeft hij met onverminderde snelheid het slachtoffer, dat deel uitmaakte van een groepje van drie fietsers, doodgereden.

Het Hof baseert het bewijs van opzet voor een belangrijk deel op de vergaande intoxicatie van de verdachte. De volgende overwegingen zijn van belang in verband met de anterior-opzetconstructie:

“Ondanks het feit dat verdachte (...) in vergaande staat van dronkenschap verkeerde (...) heeft verdachte op enig moment de keuze gemaakt om in genoemde auto naar de woning van zijn vriendin (...) te rijden. (...)”

Verdachte had voorafgaand aan de aanrijding van het slachtoffer dermate veel alcoholhoudende drank gedronken, dat hij absoluut niet meer in staat moest worden geacht zijn auto redelijkerwijs te besturen. Verdachte heeft zichzelf in deze staat van onbekwaamheid gebracht door gedurende de middag en avond voorafgaand aan het ongeval een zeer grote hoeveelheid alcoholhoudende drank te nuttigen.

Verdachte reed ten tijde van de aanrijding met een te hoge, althans aanzienlijke snelheid. Verdachte reed bovendien op zeer gevaarzettende wijze, waarbij hij kort vóór de fatale aanrijding ook andere verkeersdeelnemers in reëel gevaar had gebracht. Verdachte is met onverminderde snelheid op het fietsende slachtoffer ingereden, zodat moet worden aangenomen dat hij het slachtoffer in het geheel niet heeft gezien. (...)”

Blijkens het onderzoek ter terechtzitting wist de verdachte op 23 september 2002 op grond van zijn eerdere ervaringen welk effect alcohol op zijn lichaam en geest had. Verdachte had reeds tweemaal eerder onder invloed van alcohol een ernstig verkeersongeval veroorzaakt. Blijkens het onderzoek ter terechtzitting (...) had de verdachte voorafgaand aan het ongeval reeds tweemaal een transactie betaald en was hij reeds driemaal veroordeeld terzake het besturen van een personenauto onder invloed van alcohol.

Het hof leidt uit het vorengaande af dat het de verdachte kennelijk om het even is geweest of hij op de bewuste avond van 23 september 2002, rij-

---

<sup>560</sup> Zie voor de uitspraak van het Hof: Hof Den Bosch 2 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AO9404. Deze zaak is ook besproken in paragraaf 6.3 (zaak 2a). Daar stond het zwakke-verkeersdeelnemerargument centraal.

dend in zijn auto op de openbare weg te Sint Michielsgestel, zwakke verkeersdeelnemers, zoals [het slachtoffer], zou aanrijden. Een dergelijk gevolg heeft verdachte kennelijk op de koop toe genomen.

Op grond van het vorengaande is het hof van oordeel dat de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat hij – door op vorenomschreven wijze te handelen – de dood van [het slachtoffer] zou veroorzaken. Mitsdien acht het hof wettig en overtuigend bewezen dat verdachte opzettelijk [het slachtoffer] van het leven heeft beroofd zoals in de bewezenverklaring is omschreven.”

De Hoge Raad stelt – na een samenvatting gegeven te hebben van de door het Hof gebezigde bewijsmiddelen – dat het cassatiemiddel zich in het bijzonder richt tegen de overweging van het Hof dat “niet gezegd kan worden dat de verdachte door zijn handelen (tevens) willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat ook hijzelf als gevolg van de aanrijding met de fietser het leven zou laten”. De Hoge Raad overweegt echter dat de juistheid van deze overweging in het midden kan blijven, omdat het opzetoordeel – tegen de achtergrond van de bewijsmiddelen – zelfstandig wordt gedragen door de overige gronden waarop het Hof het bewijs van opzet heeft doen steunen. De Hoge Raad geeft het volgende oordeel over de door hem samengevatte, in die overige gronden besloten liggende gedachtegang van het Hof:

“Uit de wijze van rijden van de verdachte met zijn zware terreinauto kan bezwaarlijk anders volgen dan dat hij zich niet heeft bekommerd om de mogelijke gevolgen daarvan voor andere verkeersdeelnemers, meer in het bijzonder zwakkere weggebruikers, zoals fietsers. Dat vindt bevestiging in de omstandigheid dat de verdachte, voordat hij ging rijden, dermate veel alcohol had gedronken dat hij absoluut niet meer in staat moest worden geacht zijn auto naar behoren te besturen. De verdachte heeft zich aldus door zijn wijze van rijden willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat zijn handelen de dood van het slachtoffer tot gevolg zou hebben. Die gedachtegang geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl zij evenmin onbegrijpelijk is.”

### **Zaak 5c**

Hof Arnhem 18 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BC7837

Inkeermomenten<sup>561</sup>

De zeer dronken verdachte was met zijn auto op weg van een shoarmarestaurant naar zijn op ongeveer één kilometer daarvandaan gelegen huis. De verdachte haalde een scooter in, ging naar rechts en reed met zijn rechterwiel tegen de trottoirband aan. Kort daarop is de verdachte tegen een fietsster

---

<sup>561</sup> Zie voor de uitspraak van de rechtbank: rechtbank Arnhem 25 september 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB4171.

aangeboden, die als gevolg daarvan is overleden. Het Hof veroordeelt de verdachte wegens doodslag. De volgende overwegingen zijn van belang in verband met de anterior-opzetconstructie:

“Naar algemene ervaringsregels bestaat een aanmerkelijke kans op een aanrijding of botsing met een dodelijke afloop indien een bestuurder van een fiets, zijnde een onbeschermd verkeersdeelnemer, door een auto met een snelheid van meer dan vijftig kilometer wordt aangereden. Eveneens bestaat naar algemene ervaringsregels een aanmerkelijke kans dat een dergelijke aanrijding plaatsvindt als de bestuurder van de auto aanzienlijke hoeveelheden alcoholhoudende drank heeft genuttigd.

Het hof is met de rechtbank van oordeel dat verdachte de aanmerkelijke kans dat hij een zwakke verkeersdeelnemer zou aanrijden, met als mogelijk gevolg de dood van die verkeersdeelnemer, bewust heeft aanvaard en die kans op de koop heeft toegenomen toen hij op 26 mei 2007 rond 20.30 uur plaats nam in zijn auto. Uit de [feiten en omstandigheden leidt het hof] af dat het verdachte om het even is geweest of hij die avond een andere verkeersdeelnemer met zijn auto zou raken. Het hof wijst daarbij op de volgende omstandigheden:

- Verdachte is op 1 april 2005 door de politierechter in de rechtbank te Groningen veroordeeld voor rijden onder invloed. Verdachte heeft daarover verklaard dat dit een eenzijdig ongeval betrof en dat hij nog alcohol had in zijn bloed van de dag ervoor. Verdachte was zich derhalve op grond van zijn eerdere ervaringen bewust van het effect dat alcohol op zijn lichaam en geest had. Hij kende reeds om die reden de hiervoor besproken aanmerkelijke kans dat als een gevolg van het besturen van een auto na het nuttigen van teveel alcoholhoudende drank de dood van een andere verkeersdeelnemer zal plaatsvinden.

- Verdachte heeft reeds in de middag van 26 mei 2007 aanzienlijke hoeveelheden alcoholhoudende drank genuttigd. (...) Hij heeft er echter niet voor gekozen de auto te laten staan toen hij besloot naar Dieren te gaan. Dit is het eerste moment waarop verdachte tot bezinning had kunnen en moeten komen.

- Toen tegen 20.30 uur die avond het plan werd opgevat om bij verdachte kaart te gaan spelen, had verdachte opnieuw diverse alcoholische consumpties genuttigd. Opnieuw koos verdachte er niet voor de auto te laten staan. Bij de rechter-commissaris heeft verdachte daarover verklaard: ‘De afstand van de shoarmazaak tot mijn huis is inderdaad niet ver. Het zou kunnen zijn dat het ongeveer één kilometer is. U vraagt mij waarom ik niet ben gaan lopen. Ik heb daar niet over nagedacht’. Dit is het tweede moment waarop verdachte tot bezinning had kunnen en moeten komen.

- Voordat verdachte in zijn auto stapte heeft [betrokkene 2] verdachte er meerdere keren op gewezen dat hij de auto moest laten staan, dat zij vond dat verdachte beter niet kon gaan rijden en dat hij ‘alcohol op had en niet zo’n klein beetje ook’. [Betrokkene 2] maakte verdachte ook duidelijk dat zij en

[betrokkene 3] niet in de auto zouden meerijden, zoals verdachte verzocht. Toen verdachte zijn auto wilde starten, lukte dat niet. Verdachte heeft toen [betrokkene 1] en [betrokkene 3] gevraagd de auto aan te duwen, hetgeen zij hebben gedaan. Verdachte heeft vervolgens langzaam een rondje over de parkeerplaats gereden en trok vervolgens 'heel erg hard op' in de richting van de verkeerslichten bij de Harderwijkerweg. (...) Dit is het derde moment waarop verdachte tot bezinning had kunnen en moeten komen.

- Nadat verdachte in de auto was gestapt – en derhalve opnieuw aan het verkeer was gaan deelnemen – bleek de auto niet te starten. In plaats van op dat moment bij zinnen te komen en alsnog de auto te laten staan, koos verdachte ervoor de auto te laten aanduwen en vervolgens opnieuw de auto te gaan besturen. Dit is het vierde moment waarop verdachte tot bezinning had kunnen en moeten komen.

- Verdachte heeft zich vervolgens, voorafgaande aan de aanrijding, schuldig gemaakt aan gevaarzettend rijgedrag. (...) Door die wijze van rijden heeft verdachte er blijk van gegeven geen enkel oog te hebben gehad voor zwakke verkeersdeelnemers, zoals [slachtoffer].

Uit al deze omstandigheden blijkt het volgende. Verdachte had voorafgaand aan de botsing [met slachtoffer] dermate veel alcoholhoudende drank genuttigd dat hij redelijkerwijs absoluut niet meer in staat moest worden geacht zijn auto te besturen. Uit de wijze van rijden van verdachte blijkt dat hij zich niet heeft bekommerd om de mogelijke gevolgen voor andere, in het bijzonder zwakke, weggebruikers, zoals fietsers. Gezien de hiervoor aan de orde gekomen omstandigheden waaronder de gedraging is verricht, kan het naar het oordeel van het hof niet anders zijn dan dat verdachte de aanmerkelijke kans op een (dodelijk) ongeval heeft aanvaard. Verdachte kende de gevaren van het rijden onder invloed en heeft op vier momenten waarop hij tot bezinning had kunnen komen, desalniettemin ervoor gekozen de auto te gaan besturen. Op al die momenten had hij anders kunnen en moeten beslissen. De gevolgen van zijn gedragingen zijn verdachte echter om het even geweest en heeft hij op de koop toegenomen. Eén en ander brengt met zich mee dat verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat zijn handelen de dood van [slachtoffer] tot gevolg zou hebben. Verdachte heeft derhalve opzettelijk gehandeld.”<sup>562</sup>

---

<sup>562</sup> Ik heb een aantal tekstuele onvolkomenheden gecorrigeerd.

## **Zaak 5d**

HR 17 maart 2009, NJ 2009, 158, ECLI:NL:HR:2009:BH6219

Coureur<sup>563</sup>

De dronken verdachte heeft met een auto twee voetgangsters op een in de bebouwde kom gelegen oversteekplaats aangereden. Eén voetgangster is overleden en de andere is zwaar gewond geraakt. Het Hof veroordeelt de verdachte wegens doodslag en poging tot doodslag. De onderstaande overwegingen van het Hof geven inzicht in de feiten en omstandigheden en de door het Hof gebezigde anterior-opzetconstructie:

“Uit de gebezigde bewijsmiddelen komt het volgende naar voren. (...)

- Verdachte heeft (...) verklaard dat hij wist dat de Hekellaan een drukke weg is en dat zich normaliter op die weg naast andere verkeersdeelnemers tevens fietsers en voetgangers bevinden. Verdachte was er ook mee bekend dat zich op de plaats van het ongeval een oversteekplaats bevond. Verdachte heeft verklaard de twee voetgangsters in het geheel niet te hebben gezien en dat hij op het moment van het ongeval naar rechts dan wel naar achter keek.
- Verdachte was op 24 november 2006 niet in het bezit van een geldig rijbewijs (...). Verdachte was voorafgaand aan het ongeval gezakt voor zijn theorie-examen en had slechts 4 rijlessen gehad. Verdachte is overigens nimmer in het bezit van een rijbewijs geweest.
- Verdachte heeft (...) verklaard dat hij door het gebruik van alcoholhoudende drank in aangeschoten toestand verkeerde en dat hij ook wist dat dit zijn rijvaardigheid negatief kon beïnvloeden.
- Volgens de inzittenden van de door verdachte bestuurde auto reed verdachte voor het ongeval ‘stoer/lomp’, trok aan de handrem waarna hij rondjes draaide, reed met piepende banden, slipte en ‘steeg (zeg maar) op’ toen hij kort voor het ongeval bij een stoplicht wegreed, ‘dus vol gas’. De inzittenden hebben verdachte op zijn rijgedrag aangesproken en gewaarschuwd, waarop verdachte één van hen heeft toegevoegd: ‘Ik ben coureur, coureur.’
- Ten tijde van het ongeval regende het licht, waardoor het wegdek ter plaatse nat was.
- Verdachte reed op het moment van het ongeval met een hogere dan de ter plaatse geldende maximum snelheid van 50 kilometer per uur, te weten met een snelheid van ten minste 63,66 kilometer per uur en heeft de twee voetgangsters met onverminderde snelheid aangereden.
- Verdachte heeft zeer kort voor het ongeval getelefoneerd en had op dat moment zijn mobiele telefoon in de hand.

---

<sup>563</sup> Zie voor de uitspraak van de rechtbank en het Hof: rechtbank Den Bosch 26 april 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA3913 en Hof Den Bosch 5 oktober 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB4874.

Gezien het vorenstaande kan het hof niet anders dan vaststellen dat verdachte de geldende (gedrags)regels in het verkeer niet beheerst en kennelijk ook niet de moeite heeft willen nemen om die regels zich eigen te maken op de daarvoor geldende wijze, namelijk het behalen van het rijbewijs, alvorens een auto te besturen. Het hof merkt hierbij op dat verdachte (...) ter zake van het rijden zonder rijbewijs al eerder een transactie heeft gehad. Ter zake van het rijden onder invloed heeft verdachte ook al eerder een transactie gehad en was hij bovendien voor een zelfde delict – waarbij verdachte met zijn auto uit de bocht was gevlogen – vier dagen voor het ongeval (...) ook nog eens veroordeeld. Verdachte was dus gewaarschuwd, maar heeft zich niet laten weerhouden om wederom met alcoholhoudende drank op een auto te besturen. Zijn naar 's Hofs oordeel in de gegeven omstandigheden onmiskenbaar als roekeloos te bestempelen verkeersgedrag heeft voor de inzittenden aanleiding gegeven hem daarop aan te spreken en te waarschuwen. Ook dat heeft op verdachte geen enkele indruk gemaakt en hem er niet toegebracht zijn 'macho-verkeersgedrag' te stoppen. Uit het voorgaande (...) leidt het hof af dat het verdachte kennelijk om het even is geweest of hij op de bewuste avond van 24 november 2006 rijdend in een auto op de Hekellaan te 's Hertogenbosch zwakke verkeersdeelnemers zoals voetgangers zou aanrijden. Een dergelijk gevolg heeft verdachte kennelijk op de koop toe genomen. Het hof is dan ook van oordeel dat verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans dat hij door zijn hierboven omschreven verkeersgedrag de dood van andere verkeersdeelnemers zoals voetgangers zou veroorzaken, heeft aanvaard. Bevestiging daarvan kan ook worden gevonden in de omstandigheid (...) dat verdachte de plaats van het ongeval heeft verlaten, terwijl hij een klap had gehoord en vervolgens de voorruit van de auto naar binnen heeft zien komen en wist 'iets' te hebben geraakt, en niets heeft ondernomen teneinde te bewerkstelligen dat aan eventuele slachtoffers hulp zou worden geboden.

Blijkens het [rapport van de GZ-psycholoog] heeft verdachte een narcistische persoonlijkheidsstructuur die tot overschatting van zichzelf leidt en gecombineerd met zijn zwak begaafdheid het vermogen van verdachte om ten tijde van het ten laste gelegde tot een goede inschatting van de gevolgen van zijn gedrag te komen beperkte. Deze omstandigheden doen naar het oordeel van het hof – anders dan van de zijde van de verdediging is betoogd – aan het vorenstaande niet af, nu uit het evengenoemde rapport blijkt dat verdachte slechts als enigszins verminderd toerekeningsvatbaar is te beschouwen en hij (...) gewaarschuwd was.

Uit het onderzoek ter terechtzitting zijn geen contra-indicaties naar voren gekomen welke tot een ander oordeel zouden moeten leiden.

Mitsdien acht het hof wettig en overtuigend bewezen dat verdachte opzettelijk [slachtoffer 1] van het leven heeft beroofd en opzettelijk heeft gepoogd [slachtoffer 2] van het leven te beroven (...)."

Het cassatiemiddel beoogt er volgens de Hoge Raad over te klagen dat het Hof bij zijn oordeel dat sprake is van voorwaardelijk opzet een onjuiste maatstaf



heeft aangelegd. De Hoge Raad verwerpt het middel met de volgende overweging:

“Het middel berust op een onjuiste lezing van de bestreden uitspraak. Het Hof heeft in de in het middel aangevallen overweging als zijn, niet van een onjuiste rechtsopvatting blijkgevende en evenmin onbegrijpelijke oordeel tot uitdrukking gebracht dat de door de verdediging aangevoerde (in de toelichting op het middel vermelde) omstandigheden alsmede de omstandigheid dat de verdachte als enigszins verminderd toerekeningsvatbaar is te beschouwen, aan het aannemen van voorwaardelijk opzet niet in de weg staan.”

#### **6.6.4 Anterieur opzet in de feitenrechtspraak**

##### *6.6.4.1 Inleiding*

In deze paragraaf ga ik in op de anterieur-opzetconstructie in de feitenrechtspraak. Het lastige aan de constructie is dat anterieur opzet geen algemeen geaccepteerde dogmatische constructie betreft. Dat brengt in de eerste plaats mee dat de feitenrechter niet *kan* teruggrijpen op een standaardjabloon waarin het opzet in een concrete zaak kan worden geplaatst. Het valt echter ook niet uit te sluiten dat de feitenrechter de anterieur-opzetconstructie niet al te veel *wil* expliciteren, omdat het niet duidelijk is of de constructie in overeenstemming is met het geldende recht. Het ontbreken van een duidelijk dogmatisch kader en de terughoudendheid die wellicht wordt betracht bij het expliciteren van de constructie zorgen ervoor dat de anterieur-opzetconstructie zich niet altijd even gemakkelijk laat identificeren. In paragraaf 6.6.4.2 zal ik een aantal kenmerken bespreken die passen bij het vroeg lokaliseren van opzet. Deze kenmerken fungeren als aangrijpingspunt bij het identificeren van de anterieur-opzetconstructie. In paragraaf 6.6.4.3 besteed ik aandacht aan de anterieur-opzetconstructie in de context van de poging.

##### *6.6.4.2 Kenmerken van anterieur opzet*

Anterieur opzet doet zich voor als het opzet en de *actus reus* niet op hetzelfde moment worden gelokaliseerd. Anterieur-opzetgevallen laten zich in de regel goed contrasteren met de in paragraaf 6.4 besproken categorie van doel-opzettelijke geweldshandelingen. In die gevallen staat doorgaans de vraag centraal of het opzet van de verdachte gericht is op een of meer slachtoffers van wier bestaan de verdachte zich *tempore delicti* bewust is. In zaak 3b (Remmen) betrof het de bestuurder van de auto die dicht achter de verdachte reed op het moment dat hij hard op de rem ging staan. In zaak 3c (Kanaal) ging het om de vrouw en het kind van de verdachte die bij hem in de auto zaten toen de auto het kanaal werd ingereden. In beide gevallen gaat het om geweldshandelingen die zich richten op specifieke slachtoffers.

In anterieur-opzetgevallen wordt het opzet van de verdachte in de regel juist niet betrokken op een concreet slachtoffer. In zaak 5b (Veertig bier) is het de verdachte om het even geweest “of hij op de bewuste avond (...) zwakke verkeersdeelnemers, zoals [het slachtoffer]” zou aanrijden. In zaak 5c (Inkeermomenten) is het de verdachte om het even geweest “of hij die avond een andere verkeersdeelnemer” met zijn auto zou raken. In zaak 5d (Coureur) is het de verdachte om het even geweest “of hij op de bewuste avond (...) zwakke verkeersdeelnemers zoals voetgangers” zou aanrijden. In al deze gevallen wordt het opzet van de verdachte dus niet betrokken op een concreet slachtoffer, maar op de ruime categorie van al dan niet zwakke verkeersdeelnemers.

Indien er een slachtoffer te betreuren is, dan staat het feit dat de verdachte het slachtoffer niet heeft gezien of pas heel laat heeft gezien derhalve ook niet in de weg aan het aannemen van opzet. In zaak 5a (Waas) gaat de rechtbank ervan uit dat de verdachte niet of nagenoeg niet in staat was andere verkeersdeelnemers waar te nemen, omdat hij door een zodanig dichte waas van mist reed dat hij zelfs een vrachtauto niet had kunnen waarnemen. In zaak 5b (Veertig bier) overweegt het Hof expliciet dat moet worden aangenomen dat de bestuurder het slachtoffer in het geheel niet heeft gezien. In zaak 5d (Coureur) gebruikt het Hof de verklaring van de verdachte dat hij de twee voetgangers in het geheel niet heeft gezien voor het bewijs van opzet. Het feit dat het niet hebben waargenomen van het slachtoffer in deze gevallen niet aan het bewijs van opzet in de weg stond, laat zien dat het opzet niet betrokken kan zijn geweest op de dood van het concrete slachtoffer.

Het fundamentele kenmerk van anterieur opzet is dat geen opzet aanwezig is tijdens de gedraging die de dood veroorzaakt.<sup>564</sup> In zaak 5a (Waas) wordt deze omstandigheid expliciet door de feitenrechter voor het voetlicht gebracht. De rechtbank overweegt dat het niet van belang is of “verdachte zich ook kort voor de aanrijding of botsing werkelijk heeft gerealiseerd welke aanmerkelijke risico’s zijn rijden op dat moment voor anderen en hemzelf opleverde”. De rechtbank zoekt de oorzaak van de (mogelijke) onbewustheid in “het voordien door verdachte gebruiken van aanmerkelijke hoeveelheden alcoholhoudende drank waarvan de werking verdachte bekend was”. In zaak 5c (Inkeermomenten) wordt voorwaardelijk opzet op de dood van “een zwakke verkeersdeelnemer” gelokaliseerd op het moment dat de verdachte “op 26 mei 2007 rond 20.30 uur plaats nam in zijn auto”. Het opzet wordt derhalve expliciet vóór het later plaats te vinden ongeval gelokaliseerd.

In de meeste gevallen vormt alcohol- of drugsgebruik de centrale factor bij het aannemen van anterieur opzet. Bij de bewijsrechtelijke sprong van intoxicatie naar opzet wordt regelmatig teruggegrepen op algemene erva-

<sup>564</sup> Dit geldt voor voltooide delicten. In alle vier voorbeeldzaken waren een of meer dodelijke slachtoffers te betreuren. De anterieur-opzetconstructie laat zich ook denken in gevallen waarin het gevolg zich niet heeft gerealiseerd. In dat geval gaat het erom dat geen opzet aanwezig is tijdens het begin van uitvoering dat vereist is voor de poging. In paragraaf 6.6.4.3 sta ik stil bij de poging.

ringsregels. De verdachte, zo is de redenering, moet hebben beseft dat het in deze staat van intoxicatie rijden de aanmerkelijke kans op de dood van een ander met zich mee zou brengen. Daarnaast wordt de vereiste bewustheid soms mede gebaseerd op andere factoren. In de bovenbesproken zaken wordt gewag gemaakt van eerdere veroordelingen voor rijden onder invloed (zaak 5a, 5b, 5c en 5d), het eerder onder invloed veroorzaakt hebben van een ongeval (zaak 5a, 5b, 5c en 5d), het niet beschikken over een rijbewijs (zaak 5d), het in het verleden gewaarschuwd zijn voor de gevaren van dronken rijden (zaak 5a) en het vlak voor het incident gewaarschuwd zijn (zaak 5c en 5d). Deze factoren bieden steun aan de vaststelling dat de verdachte zich bewust geweest moet zijn van de grote gevaren die het rijden onder invloed met zich meebrengt.

In de meeste gevallen waarin intoxicatie een rol speelt, wordt het opzet niet alleen in verband gebracht met de intoxicatie, maar ook met het gevaarlijke rijgedrag tijdens de rit. Zowel in zaak 5b (Veertig bier) als in zaak 5c (Inkeermomenten) als in zaak 5d (Coureur) vestigt de feitenrechter expliciet de aandacht op het gevaarzettende gedrag tijdens de rit. Dat maakt het lastiger te determineren op welk moment het opzet wordt gelokaliseerd. Wordt het opzet alleen gelokaliseerd aan het begin van de rit, alleen tijdens de gevaarlijke gedragingen of wordt het opzet op beide momenten gelokaliseerd? Als moet worden aangenomen dat de verdachte voortdurend heeft beschikt over opzet, dan kan niet meer worden gesproken van anterieur opzet.<sup>565</sup> In dat geval is namelijk wel degelijk sprake van co-existentie tussen opzet en actus reus. Het enkele feit dat het gevaarzettende gedrag bij de beoordeling van opzet wordt betrokken, brengt overigens niet mee dat geen sprake is van anterieur opzet. Het gedrag zou kunnen worden opgevat als een bewijsrechtelijke indicatie voor het eerder gelokaliseerde opzet. In deze benadering wordt het opzet op het moment van het gaan rijden mede afgeleid uit de talloze gevaarlijke gedragingen die tezamen de aanmerkelijke kans opleveren dat ergens tijdens de rit een dodelijk slachtoffer zou vallen. De verdachte, zo is de redenering, moet van tevoren hebben voorzien dat hij zo gevaarlijk zou gaan rijden.

Hoewel anterieur opzet meestal in verband wordt gebracht met intoxicatie, is dat niet noodzakelijk. In rechtbank Arnhem 28 september 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN8488 werd de auto van de verdachte bekogeld met stenen. De verdachte ging er in paniek vandoor. De rechtbank bracht het opzet op de dood van een of meer voetgangers in verband met het ondanks een panieksituatie gaan rijden met een potentieel moordwapen.<sup>566</sup>

---

<sup>565</sup> Zie bijv. Hof Den Bosch 30 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR6182, waarin het Hof expliciet gebruikmaakt van de voortdurend-opzetconstructie in verband met het op enig moment door zijn roekeloze manier van rijden doden van een of meer andere (zwakkere) verkeersdeelnemers. Volgens het Hof kan het niet anders dan dat “verdachte tijdens zijn wildemansrit voortdurend welbewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat dit gevolg zou intreden.”

<sup>566</sup> De rechtbank overwoog als volgt: “Verdachte handelde in paniek en beheerste zijn auto niet meer. (...) De rechtbank stelt voorop dat een auto in het verkeer een poten-

In de in paragraaf 6.3 besproken zaak 2c (Dodge Ram) wordt de anterior-opzetconstructie ook niet in verband gebracht met intoxicatie. De rechtbank betreft het opzet van de verdachte alleen op het gevaarlijke rijgedrag tijdens een gedeelte van de rit.<sup>567</sup> In deze zaak had de verdachte enorm hard gereden op een weg waar een snelheidslimiet van 50 kilometer per uur gold. Op den duur botste de verdachte op een kruising, ondanks het inzetten van een remmanoeuvre, tegen een voorrangsplichtige Ford Focus aan. De rechtbank betreft het opzet van de verdachte op “een andere weggebruiker, die de Vierhavensstraat op zou willen rijden of over zou willen steken”. Hoewel de rechtbank het opzet niet beperkt tot de specifieke kruising waar het ongeval heeft plaatsgevonden, wordt het opzet vrij dicht voor het ongeval in kwestie gelokaliseerd. De uit het remmen blijkende intentie om het ongeval tempore delicti te vermijden, staat volgens de rechtbank niet aan het aannemen van opzet in de weg, omdat de verdachte “al voor die tijd een potentieel dodelijke situatie had geschapen”. Dat wijst erop dat de rechtbank bij het vaststellen van het opzet aansluit bij het moment dat de verdachte nog volledige controle had over het al dan niet intreden van het gevolg.

Een interessant aspect van deze zaak is dat de rechtbank expliciet aandacht besteed aan de op het laatste moment ingezette remmanoeuvre. Het is de vraag hoe een dergelijke remmanoeuvre geduid moet worden tegen de achtergrond van de gehanteerde anterior-opzetconstructie. Waarom staat het inzetten van een remmanoeuvre niet in de weg aan een veroordeling wegens (poging tot) doodslag?

Het remmen zou in de eerste plaats gezien kunnen worden als een vruchteloze poging tot vrijwillige terugtred. Bij vier slachtoffers is de dood ingetreden, zodat vrijwillige terugtred niet van toepassing is. Ten aanzien van het zwaargewonde slachtoffer zou betoogd kunnen worden dat het op dat moment inzetten van de remmanoeuvre de kans op de dood in onvoldoende mate doet verminderen, zodat geen sprake kan zijn van vrijwillige terug-

---

tel moordwapen is. Door in een panieksituatie te gaan rijden met een auto waarover men op dat moment geen beheersing had en waarvan het zicht door de voorruit op dat moment beperkt was, en wel in een straat waar op dat moment diverse voetgangers aanwezig waren, bestaat de aanmerkelijke kans dat verdachte met die auto één of meer voetgangers zou aanrijden. (...) De rechtbank acht derhalve bewezen dat verdachte met zijn rijgedrag het voorwaardelijk opzet heeft gehad om de aangevers van het leven te beroven. Dat verdachte heeft gehandeld in paniek, doet hieraan niet af.” In hoger beroep komt Hof Arnhem 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BU1373 tot een vrijspraak ter zake van dit incident. Volgens het Hof staat de panieksituatie juist in de weg aan het aannemen van opzet.

<sup>567</sup> Zie bijv. ook Hof Den Bosch 18 november 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AN8308 (een gevaarlijke achtervolging van een voetganger); rechtbank Arnhem 6 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK3385 (een roekeloze rit om de politie af te schudden); en Hof Den Bosch 28 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV0119 alsmede HR 9 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ6523 (het blind door rood licht rijden).

tred.<sup>568</sup> De rechtbank in deze zaak brengt de remmanoeuvre overigens niet in verband met vrijwillige terugtred. De rechtbank geeft alleen te kennen dat het remmen in zijn optiek niet aan het aannemen van opzet in de weg staat.

Een tweede manier om de remmanoeuvre te duiden is om de manoeuvre niet op te vatten als een op het vermijden van het gevolg gericht opzet, zodat het remmen niet in de weg staat aan het eerder gelokaliseerde opzet op de dood. De achtergrond van die benadering is dat de wil een ongeval te vermijden niet als opzet kan worden opgevat indien de verdachte niet verwacht controle te hebben over het al dan niet realiseren van het opzet-object (het vermijden van een ongeval).<sup>569</sup> Het oordeel van de rechtbank dat het remmen niet afdoet aan het opzet omdat hij aan de eerder geschapen potentieel dodelijke situatie niets meer had kunnen veranderen, zou in die sleutel geplaatst kunnen worden. Hetzelfde geldt voor rechtbank Rotterdam 13 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM1697. De rechtbank lokaliseert het opzet van de verdachte voor en tijdens het gedurende lange tijd onder invloed spookrijden. De rechtbank overweegt dat de op het laatste moment door de verdachte ingezette uitwijkmanoeuvre niet aan het opzet in de weg staat, omdat de rechtbank de manoeuvre slechts ziet als “een reflexbeweging” en niet als “een verandering in de aanvaarding van de aanmerkelijke kans op een fatale botsing”.

Een derde manier om de remmanoeuvre zoals die plaatsvond in zaak 2c (Dodge Ram) te duiden is om het eerder gelokaliseerde opzet tevens te betrekken op eventueel later uit te voeren remmanoeuvres. De redenering is dan dat de verdachte toen reeds heeft voorzien dat het inzetten van een remmanoeuvre in het geval dat een andere weggebruiker de weg zou kruisen waarschijnlijk vruchteloos zou zijn. Zelfs als de remmanoeuvre wordt opgevat als een indicatie voor een op het vermijden van het gevolg gericht opzet, staat dat niet in de weg aan een veroordeling. In het geval van de dodelijke slachtoffers, is het redelijk om het eerste opzet als uitgangspunt te nemen. In het geval van het gewonde slachtoffer, is het niet redelijk het latere opzet te gebruiken in de context van vrijwillige terugtred, omdat de remmanoeuvre deel uitmaakt van het begin van uitvoering.<sup>570</sup> Het feit dat de rechtbank de aanmerkelijke kans tevens betreft op de omstandigheid dat “ook de verdachte zelf op geen enkele wijze zijn voertuig nog tijdig tot stilstand zou hebben kunnen brengen” past bij het in het opzet-object opnemen van de remmanoeuvre.

---

<sup>568</sup> Zie paragraaf 6.4.4.5 over de duiding van uitwijkmanoeuvres in verband met vrijwillige terugtred.

<sup>569</sup> Zie paragraaf 4.7 en 6.4.4.4 over de rol van controle en paragraaf 6.5.3 over de remmanoeuvre in zaak 4d (Lees de krant!).

<sup>570</sup> Zie paragraaf 6.4.4.5 over vrijwillige terugtred bij het inrijden op personen.

#### 6.6.4.3 *Anterieur opzet bij de poging*

In alle zaken die in de vorige paragraaf zijn besproken, vond uiteindelijk een dodelijk ongeval plaats. In een dergelijk geval is sprake van anterieur opzet indien het opzet en de *actus reus* niet op hetzelfde moment worden gelokaliseerd. Bij een voltooid delict is de *actus reus* het ongeval dat tot de dood heeft geleid. Het causaal verband dat besloten ligt in het bestanddeel 'een ander van het leven berooft' wordt feitelijk vervuld door het ongeval dat uiteindelijk heeft plaatsgevonden. Dat betekent dat de *actus reus* te herleiden is tot een op één tijdstip en één plaats gesitueerd ongeval.<sup>571</sup> Het opzet wordt niet op het moment van het ongeval, maar op een eerder tijdstip gelokaliseerd.

Het laat zich evenwel ook denken dat de anterieur-opzetconstructie wordt toegepast indien er geen ongeval heeft plaatsgevonden. Dat kan geïllustreerd worden aan de hand van een uitspraak van de rechtbank Den Haag.<sup>572</sup> De verdachte had, om aan controle door de politie te ontkomen, in een BMW 760LI met extreme snelheden gereden, door rood licht gereden, tegen het verkeer in gereden en rechts ingehaald. De verdachte was in ernstige mate onder invloed van cocaïne en leed aan een ernstig slaapttekort. Volgens de rechtbank mocht het een wonder heten dat er geen doden of gewonden waren gevallen tijdens deze dollemansrit. De rechtbank veroordeelt de verdachte wegens poging tot doodslag. Hieronder ga ik eerst in op de wijze waarop de rechtbank het opzet bewezen heeft verklaard. Vervolgens bespreek ik deze zaak tegen de achtergrond van de anterieur-opzetconstructie.

Het is de vraag wat in de ogen van de rechtbank gezien moet worden als het begin van uitvoering. Moet de dollemansrit gezien worden als één voortdurende uitvoeringshandeling die plaatsvond tussen 21.30 en 22.20 uur? Of is sprake van een aantal van elkaar te onderscheiden uitvoeringshandelingen? In de bewezenverklaring worden negen voorvallen gespecificeerd, die zich in het tijdsbestek van vijftig minuten hebben voorgedaan. Het gaat daarbij om gedragingen als het met ongeveer 280 kilometer per uur over de autosnelweg rijden, het rijden door rode stoplichten en het op een bepaalde weg tegen het verkeer in rijden. Uit de specificaties volgt duidelijk dat meerdere personen het slachtoffer hadden kunnen worden van het gevaarlijke rijgedrag van de verdachte. Dat komt ook naar voren in de bewezenverklaring,

---

<sup>571</sup> Indien een van de slachtoffers van een dodelijk ongeval niet komt te overlijden, kan ten aanzien van dat slachtoffer poging tot doodslag worden aangenomen via de anterieur-opzetconstructie. (Zie bijv. de in de vorige paragraaf besproken zaak 2c (Dodge Ram), waarin een van de vijf slachtoffers het ongeval overleefde.) In zo'n geval zou de botsing – analoog aan het voltooide delict – gezien kunnen worden als het begin van uitvoering. Het lijkt mij echter gelukkiger om zo'n geval op dezelfde wijze op te vatten als ik hieronder zal uiteenzetten ten aanzien van de poging waarbij geen ongeval plaatsvindt. Dat betekent dat de gehele gevaarlijke rit als begin van uitvoering moet worden gezien. Het ongeval is niet meer dan de realisering van een van de (vele) kansen op een (dodelijk) ongeval die zich tijdens de gevaarlijke rit voordoen.

<sup>572</sup> Rechtbank Den Haag 10 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI2403. Deze zaak is ook besproken in paragraaf 6.3.3.

waar de poging betrokken wordt op “een onbekend gebleven fietser en bestuurders van andere motorrijtuigen en andere medeweggebruikers”. De vraag is nu of dit complex van gedragingen opgevat moet worden als één feit, als meerdaadse samenloop of als voortgezette handeling. De rechtbank kwalificeert de bewezenverklaring niet als meerdaadse samenloop of als voortgezette handeling. De kwalificatie als ‘poging tot doodslag’ lijkt erop te wijzen dat de rechtbank het complex van gedragingen opvat als één feit waarop de samenloopregeling niet van toepassing is.<sup>573</sup>

De vraag kan worden opgeworpen of het complex van gedragingen in deze zaak niet opgevat zou kunnen worden als meerdaadse samenloop. Het aannemen van meerdaadse samenloop bij een poging kan in sommige gevallen tot minder begrijpelijke uitkomsten leiden.<sup>574</sup> Dat is in het bijzonder het geval als de gedraging die het begin van uitvoering oplevert in de praktijk moeilijk tot meerdere voltooide delicten zou kunnen leiden. Dat is bijvoorbeeld het geval als één keer geschoten wordt op een groep personen.<sup>575</sup> Een dergelijke omstandigheid doet zich echter niet voor in de zaak die hier centraal staat: het is duidelijk dat meerdere personen het slachtoffer hadden kunnen worden van het gevaarlijke rijgedrag van de verdachte.<sup>576</sup> Tegen deze achtergrond lijkt het niet onredelijk het feitencomplex zoals dit geduid is door de rechtbank op te vatten als meerdaadse samenloop. Daarbij is ook van belang dat de rechtbank het opzet van de verdachte op meerdere tijdstippen gedurende de rit lijkt te lokaliseren. De rechtbank concludeert dat “tijdens de gehele rit van verdachte sprake [is] geweest van een naar algemene ervaringsregels aanmerkelijke kans op ongelukken waarbij dodelijke slachtoffers hadden kunnen vallen.” Vervolgens geeft de rechtbank een positief antwoord op de vraag of die kans bewust is aanvaard “ten tijde van de gedraging”. Het lokaliseren van verschillende, op de concrete situatie toegespitste geestesgesteldheden brengt mee dat niet gesproken kan worden van één ongeoorloofd wilsbesluit, zoals vereist is voor het aannemen van een voortgezette handeling.<sup>577</sup> Het is daarom goed denkbaar meerdaadse samenloop van toepassing te achten op het feitencomplex zoals dit geduid is door de rechtbank.

<sup>573</sup> Vgl. De Hullu 2015, ‘Materieel strafrecht’, p. 521-523 over het opvatten van het geheel als één feit.

<sup>574</sup> Vgl. De Hullu 2015, ‘Materieel strafrecht’, p. 521-523.

<sup>575</sup> Vgl. HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6742, waarin de Hoge Raad de kwalificatie als meerdaadse samenloop onbegrijpelijk achtte. Het aannemen van meerdaadse samenloop in dit soort gevallen zorgt er in feite voor dat dezelfde straf kan worden opgelegd als het geval zou zijn bij voltooiing van het delict. Dat betekent dat de strafverlichtende werking van de poging wordt omzeild.

<sup>576</sup> Het verdient opmerking dat een gevaarlijke rit vaak tot een einde komt zodra er een ongeval plaatsvindt. Dat is echter niet altijd het geval. In dit geval lijkt het goed denkbaar dat de verdachte ook na een aanrijding zijn weg zou hebben vervolgd. Daarnaast is goed denkbaar dat één verkeersongeval tot meerdere dodelijke slachtoffers leidt.

<sup>577</sup> Rechtbank Alkmaar 29 december 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BV6214 nam wel een voortgezette handeling aan in een verkeerszaak. In deze zaak had de verdachte de auto van het slachtoffer eerst geramd. Even later ging hij hard op de rem staan, terwijl hij voor de auto van het slachtoffer reed. De rechtbank oordeelde dat deze zelfstandi-

Het vonnis van de rechtbank lijkt een beetje op twee gedachten te hinken. Enerzijds lijkt de rechtbank ervan uit te gaan dat de verdachte gedurende de gehele rit heeft beschikt over opzet. Zo bezien zou de gehele rit opgeknipt kunnen worden in diverse, van elkaar te onderscheiden uitvoeringshandelingen. Anderzijds lijkt de rechtbank in bepaalde passages ook te flirten met de anterieur-opzetconstructie. Het is de vraag of het verwijt dat de rechtbank de verdachte maakt niet beter tot uitdrukking zou komen door opzet alleen te bewijzen via de anterieur-opzetconstructie. Daarbij is van belang dat de stelling van de rechtbank dat gedurende de gehele rit sprake is geweest van een aanmerkelijke kans ondeugdelijk is gemotiveerd.

De rechtbank relateert de aanmerkelijkheid van de kans op de dood van een ander namelijk aan factoren die zich niet noodzakelijkerwijs voordoen (en die zich in deze zaak ook niet hebben voorgedaan). De rechtbank trekt in dat verband onder meer de volgende conclusie: “Wanneer verdachte met de gemeten snelheden een andere weggebruiker zou hebben geraakt, moet de kans op een ongeval met fatale gevolgen bepaald meer dan ‘aanmerkelijk’ worden geacht.” Daarnaast overweegt de rechtbank dat de verdachte “de andere verkeersdeelnemer met zeer grote snelheid [zou] hebben geraakt” als “op de snelweg of in de tunnel iemand onverwacht van rijbaan zou zijn gewisseld of als iemand één van de kruispunten was overgestoken terwijl verdachte door rood licht dat kruispunt op reed”.

Het is gemakkelijk in te zien dat de kans op het veroorzaken van de dood van een ander sterk wordt overschat door kansverhogende factoren die zich bepaald niet noodzakelijkerwijs zullen voordoen als een gegeven te beschouwen.<sup>578</sup> De kans dat een bepaalde gedraging – bijvoorbeeld het door rood licht rijden – *niet* tot een botsing leidt, wordt in deze benadering genegeerd. Het is goed denkbaar dat de kans op het niet plaatsvinden van een botsing bij veel van de in de bewezenverklaring gespecificeerde incidenten vrij hoog moet worden ingeschat. Het feit dat de gevaarlijke rit vijftig minuten kon duren zonder een meerzijdig ongeval te veroorzaken, past bij dat beeld.<sup>579</sup> De kans op de dood van een bepaalde gedraging kan benaderd worden door de hoge kans op de dood van een ander indien een ongeval plaatsvindt (bijvoorbeeld 50 procent) te vermenigvuldigen met de veel lagere kans op het plaatsvinden van een ongeval (bijvoorbeeld 1 procent), hetgeen zou leiden tot een kans op het veroorzaken van de dood van een ander van 0,5 procent. Dit voorbeeld beoogt te illustreren dat de verkeersgedragingen van de verdachte weliswaar veel gevaarlijker zijn dan normale verkeersgedragin-

---

ge strafbare feiten (pogingen tot zware mishandeling) voortkwamen uit één ongeoorloofd wilsbesluit, zodat er sprake is van een voortgezette handeling.

<sup>578</sup> Zie paragraaf 6.4.4.3.c en 8.3.7 voor vergelijkbare redeneringen ten aanzien van het inrijden op personen.

<sup>579</sup> Daarnaast kan erop gewezen worden dat de achtervolgende politieagenten gedurende de negen in de bewezenverklaring gespecificeerde voorvallen in de buurt van de verdachte zijn gebleven. Ook deze ongetwijfeld niet van gevaren ontholte rit is goed afgelopen.



gen, maar dat daaruit nog niet voortvloeit dat de kans die gepaard gaat met specifieke voorvallen als aanmerkelijk moet worden bestempeld.<sup>580</sup>

Als ervan uitgegaan wordt dat de kans op de dood van een ander ten aanzien van de diverse in de bewezenverklaring gespecificeerde voorvallen niet aanmerkelijk is, dan komt het bewijs van opzet op losse schroeven te staan. Als er niet voortdurend sprake is van een aanmerkelijke kans, dan ligt het ook minder voor de hand dat de verdachte voortdurend heeft beschikt over een op de dood van een ander gerichte geestesgesteldheid. Het laat zich daarom aanzien dat het verwijt dat de rechtbank de verdachte maakt beter tot uitdrukking zou komen door opzet alleen te bewijzen via de anterieur-opzetconstructie. In dat geval kan de aanmerkelijke kans op de dood van een ander betrokken worden op de gehele dollemansrit. De talloze gevaarlijke incidenten die op zichzelf beschouwd niet de aanmerkelijke kans op de dood in zich bergen, worden dan samengenomen (risicocumulatie).<sup>581</sup> Vervolgens zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de verdachte op enig moment tijdens de rit beschikt moet hebben over opzet. De volgende abstraherende bewijsoverweging van de rechtbank past bij een dergelijke redenering:

“Bij verkeersdeelnemers mag bekend worden verondersteld welke gevolgen het rijden met een (veel) te hoge snelheid en zeker in combinatie met het rijden onder invloed van cocaïne en slaapgebrek kunnen hebben[.]”

De rechtbank gebruikt deze overweging om aan te tonen dat de verdachte de aanmerkelijke kans op de dood van een ander *gedurende de gehele rit* heeft aanvaard. De overweging zou echter ook ten grondslag gelegd kunnen worden aan de conclusie dat de verdachte *op enig moment tijdens de rit* beschikt moet hebben over opzet. Het slechts één keer lokaliseren van opzet valt gemakkelijker te bewijzen dan de continue aanwezigheid van opzet. De bovenstaande overweging kan in samenhang worden beschouwd met de passage in de bewezenverklaring, waarin het opzet van de verdachte om “tussen 21.30 en 22.20 uur (...) een onbekend gebleven fietser en bestuurders van andere motorrijtuigen en andere medeweggebruikers van het leven te beroven” in verband wordt gebracht met de omstandigheid dat “hij de voorgaande vier nachten (in totaal) ongeveer 6 uur, had geslapen en onder invloed van cocaïne verkeerde”.

In deze benadering spelen de gevaarlijke incidenten die tijdens de rit hebben plaatsgevonden een wat andere rol. De incidenten worden niet gezien als bewijsrechtelijke indicatie dat de verdachte ten tijde van al deze voorvallen heeft beschikt over een op die situatie toegespitst opzet. In de anterieur-opzetbenadering wordt het op enig moment tijdens de rit gelokaliseerde opzet mede afgeleid uit de talloze gevaarlijke gedragingen die tezamen de aanmerkelijke kans opleveren dat ergens tijdens de rit een dodelijk slachtof-

---

<sup>580</sup> Zie paragraaf 8.4.5 en 8.4.6 over de niet als aanmerkelijk te bestempelen risico's die gepaard gaan met rijden onder invloed.

<sup>581</sup> Zie paragraaf 6.6.2.5.d.

fer zou vallen. De verdachte, zo is de redenering, moet op enig moment hebben voorzien dat hij wel eens een dodelijk slachtoffer zou kunnen maken.

Als het bewijs van opzet op deze wijze wordt benaderd, dan is sprake van een anterieur-opzetconstructie, omdat opzet niet op alle momenten waarop sprake was van een uitvoeringshandeling wordt gelokaliseerd. Het aldus bewijzen van opzet past beter bij het verwijt dat de rechtbank aan deze verdachte maakt: het gedurende langere tijd nemen van risico's. Deze benadering is in lijn met het toepassen van de anterieur-opzetconstructie in gevallen waarin wel een ongeval heeft plaatsgevonden. In die gevallen vormt de afwezigheid van opzet ten tijde van het ongeval – hetgeen blijkt uit het niet hebben gezien van het slachtoffer – geen reden om het opzet niet bewezen te achten. In gevallen waarin een gevaarlijke rit niet tot een ongeval leidt, vormt de afwezigheid van opzet tijdens bepaalde gevaarlijke incidenten evenmin een reden om niet tot het bewijs van opzet te komen.

## **6.6.5 Anterieur opzet en de Hoge Raad**

### *6.6.5.1 Inleiding*

De anterieur-opzetconstructie kan niet beschouwd worden als een algemeen geaccepteerde dogmatische constructie. In recente handboeken wordt weinig of geen aandacht aan de constructie besteed en de Hoge Raad heeft zich niet duidelijk over deze kwestie uitgelaten. In deze paragraaf probeer ik de spaarzame jurisprudentie van de Hoge Raad te duiden. In paragraaf 6.6.5.2 bespreek ik de anterieur-opzetconstructie in verkeerszaken. Ik zal daar uitgebreid stilstaan bij zaak 5b (Veertig bier) en zaak 5d (Coureur). Vervolgens ga ik in paragraaf 6.6.5.3 in op een tweetal arresten waarin de anterieur-opzetconstructie buiten de verkeerscontext wordt toegepast. In paragraaf 6.6.5.4 volgt een samenvatting en een vooruitblik.

### *6.6.5.2 Anterieur opzet in verkeerszaken*

Het belangrijkste arrest in verband met de anterieur-opzetconstructie betreft zaak 5b (Veertig bier). In deze zaak had de verdachte na het consumeren van ongeveer veertig bier met onverminderde snelheid het slachtoffer, dat deel uitmaakte van een groepje van drie fietsers, doodgereden. Het onderstaande citaat bevat belangrijke aanwijzingen dat het Hof de veroordeling baseert op anterieur opzet:

“Ondanks het feit dat verdachte (...) in vergaande staat van dronkenschap verkeerde (...) heeft verdachte op enig moment de keuze gemaakt om in genoemde auto naar de woning van zijn vriendin (...) te rijden. (...)

Verdachte had voorafgaand aan de aanrijding van het slachtoffer dermate veel alcoholhoudende drank gedronken, dat hij absoluut niet meer in staat

moest worden geacht zijn auto redelijkerwijs te besturen. Verdachte heeft zichzelf in deze staat van onbekwaamheid gebracht door gedurende de middag en avond voorafgaand aan het ongeval een zeer grote hoeveelheid alcoholhoudende drank te nuttigen. (...)

Verdachte is met onverminderde snelheid op het fietsende slachtoffer ingereden, zodat moet worden aangenomen dat hij het slachtoffer in het geheel niet heeft gezien.

[Daarnaast] wist de verdachte op 23 september 2002 op grond van zijn eerdere ervaringen welk effect alcohol op zijn lichaam en geest had. Verdachte had reeds tweemaal eerder onder invloed van alcohol een ernstig verkeersongeval veroorzaakt. Blijkens het onderzoek ter terechtzitting (...) had de verdachte voorafgaand aan het ongeval reeds tweemaal een transactie betaald en was hij reeds driemaal veroordeeld terzake het besturen van een personenauto onder invloed van alcohol.

Het hof leidt uit het vorengaande af dat het de verdachte kennelijk om het even is geweest of hij op de bewuste avond van 23 september 2002, rijdend in zijn auto op de openbare weg te Sint Michielsgestel, zwakke verkeersdeelnemers, zoals [het slachtoffer], zou aanrijden. Een dergelijk gevolg heeft verdachte kennelijk op de koop toe genomen."

Een belangrijke aanwijzing voor de anterieur-opzetconstructie kan gevonden worden in de wijze waarop het Hof de intoxicatie gebruikt. De volgende zes factoren vormen een indicatie voor het vroeg lokaliseren van opzet. Het Hof wijst in de eerste plaats op de keuze om te gaan rijden. Dit keuzemoment ligt geruime tijd voor het ongeval in kwestie. Het Hof wijst er in de tweede plaats op dat de verdachte absoluut niet meer in staat was om zijn auto te besturen. Deze lichamelijke staat is relevant voor de gehele rit en wordt niet gekoppeld aan het moment waarop de aanrijding plaatsvond. In de derde plaats wijst het Hof erop dat de verdachte zichzelf in deze staat van onbekwaamheid heeft gebracht. Het Hof refereert hierbij aan de tijdsperiode die voorafging aan de keuze om te gaan rijden. De vierde aanwijzing is gelegen in de koppeling die het Hof maakt tussen de intoxicatie en de bewustheid van de verdachte van de daaraan verbonden gevaren. De uit eerdere ervaringen afgeleide bewustheid wordt gelokaliseerd op 23 september 2002 en wordt niet gekoppeld aan het moment van de aanrijding. Dit is in lijn met de vijfde aanwijzing: de onbepaaldheid die door het Hof wordt toegeschreven aan de attitude van de verdachte. Het Hof overweegt dat het de verdachte om het even is geweest "of hij op de bewuste avond (...) zwakke verkeersdeelnemers, zoals [het slachtoffer]" zou aanrijden. De tijd, de plaats, de identiteit van het slachtoffer en de wijze waarop de dood wordt veroorzaakt, zijn geen van alle gespecificeerd. De zesde aanwijzing betreft het feit dat het Hof expliciet overweegt dat moet worden aangenomen dat de verdachte het slachtoffer in het geheel niet heeft gezien. Daaruit blijkt in ieder geval dat het opzet van de verdachte niet gericht kan zijn geweest op de dood van dit specifieke slachtoffer.

De Hoge Raad laat blijken dat het oordeel van het Hof dat het opzet van de verdachte voorwaardelijk was gericht op de dood van het slachtoffer wordt gedragen door de gronden die het Hof daaraan ten grondslag heeft gelegd. De Hoge Raad geeft het volgende oordeel over de door hem samengevatte gedachtegang van het Hof:

“Uit de wijze van rijden van de verdachte met zijn zware terreinauto kan bezwaarlijk anders volgen dan dat hij zich niet heeft bekommerd om de mogelijke gevolgen daarvan voor andere verkeersdeelnemers, meer in het bijzonder zwakkere weggebruikers, zoals fietsers. Dat vindt bevestiging in de omstandigheid dat de verdachte, voordat hij ging rijden, dermate veel alcohol had gedronken dat hij absoluut niet meer in staat moest worden geacht zijn auto naar behoren te besturen. De verdachte heeft zich aldus door zijn wijze van rijden willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat zijn handelen de dood van het slachtoffer tot gevolg zou hebben. Die gedachtegang geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl zij evenmin onbegrijpelijk is.”

Het is nu de vraag hoe deze overweging van de Hoge Raad moet worden geïnterpreteerd. Er zijn drie factoren die zouden kunnen nopen tot de conclusie dat de Hoge Raad het opzet *niet* zo vroeg lokaliseert als het Hof. In de eerste plaats laat de Hoge Raad na twee door het Hof genoemde factoren die wijzen op het zeer vroeg lokaliseren van opzet te herhalen. Het gaat om de keuze om te gaan rijden en het feit dat de verdachte zichzelf in deze staat van onbekwaamheid had gebracht. In de tweede plaats laat de Hoge Raad na een formulering van het Hof die wijst op het zeer vroeg lokaliseren van opzet te herhalen in een voor het overige vergelijkbare passage. Het gaat om de zinsnede van het Hof dat het de verdachte kennelijk om het even is geweest of hij *op de bewuste avond* iemand zou aanrijden. In de derde plaats geldt dat de Hoge Raad de onverschillige houding en het opzet van de verdachte in verband brengt met de “wijze van rijden”. Het Hof had in twee hierop gelijkende passages niet specifiek verwezen naar het rijgedrag. Het lijkt erop dat het Hof meer nadruk legt op factoren die aan het rijgedrag zijn voorafgegaan.

Anderzijds wijst de Hoge Raad op drie factoren die passen bij het aan het begin van de rit lokaliseren van opzet. In de eerste plaats betreft de Hoge Raad de attitude van de verdachte op “andere verkeersdeelnemers, meer in het bijzonder zwakkere weggebruikers, zoals fietsers”. Het Hof had de houding van de verdachte betrokken op “zwakke verkeersdeelnemers, zoals [het slachtoffer]”, maar de Hoge Raad betreft de houding van de verdachte in beginsel op alle verkeersdeelnemers die hij tijdens zijn rit kan treffen. Het verdient in dat verband opmerking dat uit de bewijsmiddelen blijkt dat de verdachte aan het begin van de rit bijna in botsing is gekomen met een taxi (een sterke verkeersdeelnemer). In de tweede plaats merkt de Hoge Raad in de volgende zin op dat de attitude van het zich niet bekommeren om andere verkeersdeelnemers bevestiging vindt “in de omstandigheid dat de verdachte, voordat hij ging rijden, dermate veel alcohol had gedronken dat hij abso-

luut niet meer in staat moest worden geacht zijn auto naar behoren te besturen.” De Hoge Raad slaat aldus acht op een staat van intoxicatie die ook aan het begin van de rit relevant is. In de derde plaats kan gewezen worden op de volgende passage, waarmee de Hoge Raad besluit: “De verdachte heeft zich aldus door zijn wijze van rijden willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat zijn handelen de dood van het slachtoffer tot gevolg zou hebben.” Het is hier de vraag wat de Hoge Raad bedoelt met “zijn wijze van rijden”. In de eerder door de Hoge Raad gedane weergave van bewijsmiddelen voor wat betreft het rijgedrag wordt ook gerefereerd aan een gevaarlijke manoeuvre die reeds aan het begin van de rit had plaatsgevonden. De drie hier besproken factoren wekken de indruk dat de Hoge Raad het opzet in elk geval ook aan het begin van de rit lokaliseert.

Eerder hebben we gezien dat het Hof het opzet op een zeer vroeg moment lokaliseert. De Hoge Raad lijkt daar niet volledig in mee te gaan. Er zijn geen aanwijzingen dat de Hoge Raad het opzet reeds lokaliseert op het moment dat de verdachte de keuze maakt om te gaan rijden. Anderzijds zijn er wel degelijk aanwijzingen dat de Hoge Raad het opzet tamelijk vroeg – namelijk tijdens het begin van de gevaarlijke rit – lokaliseert. Daaruit kan echter niet a contrario worden afgeleid dat de Hoge Raad het opzet niet tempore delicti lokaliseert. Er zijn aanwijzingen dat de Hoge Raad het opzet óók op een later tijdstip lokaliseert. De door de Hoge Raad twee keer genoemde “wijze van rijden” heeft namelijk eveneens betrekking op het rijden ten tijde van het ongeval.

De wijze waarop de Hoge Raad het opzet aan het rijgedrag koppelt, vertoont gelijkenis met de wijze waarop de actus reus en het opzet in ‘gewone’ gevallen van voorwaardelijk opzet aan elkaar worden gekoppeld. In HR 8 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5982 overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld dat “de verdachte door het met het mes toebrengen van een diepe steekwond in de rug van [slachtoffer 1] zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat hij het slachtoffer van het leven zou beroven.” In deze zaak wordt voorwaardelijk opzet in verband gebracht met een kortdurende concrete handeling. De Hoge Raad lokaliseert het opzet “voordien, op het moment dat hij [slachtoffer 1] met kracht een diepe steekwond in de rug toebreacht”.<sup>582</sup>

In zaak 5b (Veertig bier) wordt het opzet op vergelijkbare wijze aan gedrag gekoppeld als in de bovengenoemde zaak. De Hoge Raad overweegt dat de verdachte zich “aldus door zijn wijze van rijden willens en wetens [heeft] blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat zijn handelen de dood van het slachtoffer tot gevolg zou hebben.” Het is de vraag hoe deze passage moet worden opgevat. Voorwaardelijk opzet wordt hier niet met een kortdurende handeling in verband gebracht, zoals het geval was in de bovengenoemde

---

<sup>582</sup> De Hoge Raad liet zich over deze kwestie uit, omdat het Hof een verklaring voor het bewijs had gebezigd waaruit bleek dat de verdachte pas later beseftte dat hij het slachtoffer had gestoken. Volgens de Hoge Raad sloot dit latere ‘ten volle begrijpen’ niet uit dat tempore delicti sprake was van opzet.

zaak. De Hoge Raad brengt het opzet hier in verband met een gevaarlijke rit onder invloed van alcohol. Beoogt de Hoge Raad hiermee uit te drukken dat uit dit rijgedrag een *voortdurend* voorwaardelijk opzet kan worden afgeleid?<sup>583</sup> Als dat het geval is en als het onbepaalde opzet van de verdachte ook ten tijde van het ongeval kan worden gelokaliseerd, dan is wel degelijk sprake van co-existentie tussen opzet en *actus reus*.<sup>584</sup> Dat betekent dat het niet nodig is terug te grijpen op eerdere intenties.

Als de Hoge Raad dit beoogt uit te drukken, dan zegt het arrest van de Hoge Raad weinig over de toelaatbaarheid van de anterior-opzetconstructie. Het op opzet ziende cassatiemiddel stelt een ander thema aan de orde.<sup>585</sup> De Hoge Raad selecteert dan wel herformuleert de gronden waarop het Hof het bewijs van het opzet heeft doen steunen op zodanige wijze dat de anterior-opzetconstructie naar de achtergrond verdwijnt. Zo bezien blijkt uit het arrest primair dat opzet ook op meer gebruikelijke wijze bewezen kan worden verklaard.

Zaak 5d (Coureur) is ook aan de Hoge Raad voorgelegd. In deze zaak had de dronken verdachte met een auto twee voetgangsters op een in de bebouwde kom gelegen oversteekplaats aangereden. Het Hof nam opzet aan op basis van de anterior-opzetconstructie. De rechtbank was slechts tot een bewezenverklaring van roekeloosheid gekomen. De rechtbank gaf de volgende motivering voor de vrijspraak van het opzet:

“Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit die getuigenverklaringen en de verklaring van verdachte ter terechtzitting dat verdachte de voetgangers in het geheel niet heeft gezien en dat hij er vanuit ging dat een en ander wel goed zou aflopen. De rechtbank is derhalve van oordeel dat verdachte niet bewust de aanmerkelijke kans op (een poging tot) het toebrengen van dodelijk letsel heeft aanvaard.”<sup>586</sup>

Achter de vrijspraak lijkt de gedachte te zitten dat de omstandigheid dat de verdachte de voetgangsters over het hoofd heeft gezien erop wijst dat het opzet van de verdachte niet gericht kan zijn geweest op het van het leven beroven van deze voetgangsters. Het Hof ziet dat anders. Het Hof gebruikt de verklaring van de verdachte dat hij de twee voetgangsters in het geheel niet heeft gezien juist voor het bewijs van opzet. Het feit dat het niet hebben

---

<sup>583</sup> Zie bijv. Hof Den Bosch 30 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR6182, waarin het Hof expliciet gebruikmaakt van de voortdurend-opzetconstructie in verband met het op enig moment door zijn roekeloze manier van rijden doden van een of meer andere (zwakkere) verkeersdeelnemers. Volgens het Hof kan het niet anders dan dat “verdachte tijdens zijn wildemansrit voortdurend welbewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat dit gevolg zou intreden.”

<sup>584</sup> In paragraaf 6.6.2.4 heb ik reeds betoogd dat de onbepaaldheid van het opzet-object niet in de weg hoeft te staan aan het aannemen van correspondentie.

<sup>585</sup> Zie paragraaf 6.3.

<sup>586</sup> Rechtbank Den Bosch 26 april 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA3913.

waargenomen van de voetgangsters niet aan het bewijs van opzet in de weg staat, laat zien dat het opzet niet betrokken kan zijn geweest op de dood van de voetgangsters in kwestie. Het Hof lokaliseert het opzet enige tijd voor het ongeval en concludeert dat het de verdachte om het even is geweest “of hij op de bewuste avond (...) zwakke verkeersdeelnemers zoals voetgangers” zou aanrijden. Het Hof ontleent daarbij steun aan factoren als het onder invloed van alcohol zijn, het gewaarschuwd zijn en het reeds eerder veroorzaakt hebben van een verkeersongeval. Daarnaast slaat het Hof acht op het doorrijden na het ongeval en het nalaten hulp te verlenen. De vóór het ongeval gelokaliseerde factoren dienen kennelijk ter onderbouwing van de bewustheid, terwijl het gedrag na het ongeval een aanwijzing oplevert voor het reeds eerder aanvaard hebben van de mogelijkheid van dodelijke slachtoffers.

Het cassatiemiddel klaagt erover dat opzet niet uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid.<sup>587</sup> In de toelichting op het middel wordt met name aandacht gevraagd voor de verhouding tussen opzet en verminderde toerekeningsvatbaarheid. Het Hof zou de verkeerde maatstaf aangelegd hebben door te overwegen dat de psychische gebreken van de verdachte niet aan het aannemen van opzet in de weg staan daar hij slechts enigszins verminderd toerekeningsvatbaar is. Het Hof had – aldus het cassatiemiddel – de vraag moeten beantwoorden of bij de verdachte ieder inzicht in de draagwijdte van zijn handelen en de mogelijke gevolgen daarvan heeft ontbroken.

In de laatste punten van de toelichting op het cassatiemiddel wordt betoogd dat het opzet bij de verdachte heeft ontbroken. De vraag wordt opgeworpen of nog wel van een *sterke* verkeersdeelnemer kan worden gesproken als iemand *zwak* begaafd is, zoals de verdachte. Het antwoord op die vraag zou ontkennend moeten luiden, nu opzet een sterk psychisch aspect heeft. Hoewel dit niet gespecificeerd wordt in de toelichting, moet dit argument kennelijk zo worden begrepen dat de verdachte verstoken is geweest van ieder inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen daarvan.

De Hoge Raad overweegt dat het middel berust op een onjuiste lezing van de bestreden uitspraak. Hij acht het oordeel van het Hof noch onbegrijpelijk noch blijkgevend van een onjuiste rechtsopvatting. Het Hof mocht oordelen dat de omstandigheid dat de verdachte als enigszins verminderd toerekeningsvatbaar is te beschouwen en andere door de verdediging aangevoerde omstandigheden niet aan het aannemen van voorwaardelijk opzet in de weg staan.

Hoewel het cassatiemiddel erover klaagt dat opzet niet uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid, wordt niet specifiek geklaagd over het vroeg lokaliseren van opzet. De Hoge Raad zag kennelijk geen aanleiding de door het Hof gehanteerde bewijsconstructie ambtshalve tegen het licht te houden. Daaruit kan niet a contrario worden afgeleid dat de Hoge Raad geen bezwaar heeft tegen de anterieur-opzetconstructie. Daarbij is in de eerste plaats van belang dat de Hoge Raad uiterst terughoudend omgaat met zijn bevoegdheid

---

<sup>587</sup> De cassatieschriftuur is niet gepubliceerd.

tot ambtshalve cassatie.<sup>588</sup> In de tweede plaats is het denkbaar dat de Hoge Raad de bewijsmiddelen en de bewijsmotivering welwillend interpreteert, in die zin dat het rijgedrag indicatief wordt geacht voor een voortdurend voorwaardelijk opzet. Bij de bespreking van zaak 5b (Veertig bier) hebben we immers gezien dat de Hoge Raad de bewijsgronden op zodanige wijze opvatte dat de anterior-opzetconstructie naar de achtergrond verdween. Als het rijgedrag indicatief wordt geacht voor een voortdurend voorwaardelijk opzet, dan wordt het opzet dus ook tempore delicti gelokaliseerd. Dat betekent dat zich geen gebrek aan co-existentie tussen opzet en actus reus voordoet. Het (ook) tempore delicti gelokaliseerde opzet moet dan wel betrekking hebben op een abstract opzet-object (het ergens tijdens de rit doden van anderen), aangezien het Hof aannam dat de verdachte de voetgangsters in kwestie niet heeft gezien. Het opzet kan dus geen betrekking hebben op het doden van deze specifieke personen.

#### 6.6.5.3 *Anterieur opzet buiten de verkeerscontext*

In deze paragraaf onderzoek ik aan de hand van een tweetal buiten de verkeerscontext gewezen arresten van de Hoge Raad of hardere conclusies kunnen worden getrokken in verband met de toelaatbaarheid van de anterior-opzetconstructie. Ik ga als eerste in op een aan de Hoge Raad voorgelegde uitspraak waarin het Hof expliciet gebruikmaakte van de anterior-opzetconstructie. In HR 9 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2775 (Tolbert) werd de verdachte veroordeeld wegens poging tot doodslag ten aanzien van zijn vriendin en doodslag ten aanzien van twee kinderen van haar. De verdachte had na het nemen van amfetamine getracht zijn vriendin te doden. Zij ontvluchtte het huis, waarna de verdachte de kinderen om het leven bracht. Het Hof wijdt de volgende overweging aan het opzet:

“Om te beoordelen of er sprake is geweest van opzet op de ten laste gelegde feiten, dient in beginsel te worden uitgegaan van het moment van het plegen van die feiten. Uit de verklaringen van de verschillende deskundigen (...) volgt dat, wanneer iemand evident in dit type psychose verkeert, die persoon gedurende de psychose niet de vrijheid heeft om zijn wil te bepalen en keuzes te maken, althans niet in de context van de feitelijke realiteit, en alsdan ontoerekeningsvatbaar is. Dit was bij verdachte het geval (...). In die zin zou er aldus geen sprake zijn geweest van opzet op de feiten.

Het hof is (...) echter van oordeel dat dit in casu anders is. In zijn algemeenheid is het bekend dat amfetamine een uitwerking heeft op de hersen-

<sup>588</sup> Vgl. Vellinga 2015, ‘Ambtshalve onderzoeken en beslissen in strafzaken’, p. 105-138 en Van Dorst 2015, ‘Cassatie in strafzaken’, p. 111-120. Zie ook HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0129, HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3685 en HR 7 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1005, waarin de terughoudende benadering van de Hoge Raad – mede in het licht van art. 80a RO – naar voren komt.



functie. Vooraf is het nooit bekend wat de precieze samenstelling van de drug is, zodat een gebruiker van tevoren nooit precies weet, en in beginsel ook niet kan weten, wat de gevolgen van het gebruik van de drug zullen zijn. Amfetamine is immers een verboden drug en slechts via illegale weg te verkrijgen. Verdachte had vóór 1 augustus 2005 al een hoeveelheid amfetamine gebruikt van dezelfde portie amfetamine die hij ook op 1 augustus 2005 weer heeft gebruikt. Verdachte heeft verklaard dat hij daardoor wist dat de amfetamine anders was dan de amfetamine die hij eerder had gebruikt. Het Hof acht (...) het aantal psychoses als gevolg van amfetaminegebruik dusdanig groot, dat bekend verondersteld mag worden dat iemand door het gebruik van drugs in een psychose kan geraken. Daarnaast komen ook impulsdoorbraken en geweldgebruik tijdens een psychose geregeld voor. Hoewel de exacte gevolgen hiervan in een concreet geval niet te voorspellen zijn, is het wel bekend dat iemand zich tijdens een psychose ongecontroleerd kan gedragen. Het hof is aldus met de raadsman van oordeel dat verdachte niet heeft voorzien dat hij tijdens de psychose juist deze ernstige feiten zou plegen, maar is wel van oordeel dat verdachte zich willens en wetens in een situatie van intoxicatie heeft gebracht en daarmee aan zichzelf heeft te wijten dat hij in een psychotische toestand is geraakt. Verdachte wist, gelet op zijn jarenlange intensieve amfetaminegebruik, wat de risico's van zijn drugsgebruik zouden kunnen zijn. Op grond van het voorgaande is het hof van oordeel dat verdachte door een herhaald gebruik van de op 29 juli 2005 gekochte amfetamine, waarvan hij wist dat deze anders was dan de amfetamine die hij eerder had gehad, bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat hij in een psychose zou geraken en tijdens die psychose gewelddadige handelingen zou kunnen verrichten. Aldus is het hof van oordeel, dat het opzet, zoals ten laste is gelegd, bewezen kan worden."

Het cassatiemiddel klaagt erover dat het opzet ontoereikend is gemotiveerd. De Hoge Raad acht het middel gegrond. De Hoge Raad overweegt in de eerste plaats dat het Hof met zijn oordeel omtrent het ontbreken van opzet tempore delicti geen inzicht heeft gegeven in zijn gedachtegang. De Hoge trekt deze conclusie tegen de achtergrond van de vaste jurisprudentie dat een ernstige geestelijke stoornis slechts dan aan de bewezenverklaring van het opzet in de weg staat indien bij de verdachte ten tijde van zijn handelen ieder inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen daarvan zou hebben ontbroken. Het Hof heeft volgens de Hoge Raad hetzij deze regel ten onrechte niet in aanmerking genomen, hetzij het heeft deze regel toegepast op een wijze die niet zonder meer begrijpelijk is.

Het verwijzingshof oordeelde later dat de amfetaminepsychose niet in de weg staat aan het aannemen van opzet, omdat "bij verdachte ten tijde van zijn handelen niet ieder inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen daarvan heeft ontbroken."<sup>589</sup> Aangezien opzet nu tempore

---

<sup>589</sup> Hof Arnhem 17 februari 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL4185.

delicti wordt gelokaliseerd, is het derhalve niet meer nodig gebruik te maken van de anterior-opzetconstructie.

Na de bovenbesproken overweging over de verhouding tussen geestelijke stoornissen en het opzet, gaat de Hoge Raad in op de anterior-opzetconstructie. De Hoge Raad concludeert dat het oordeel van het Hof dat sprake is geweest van voorwaardelijk opzet eveneens ontoereikend is gemotiveerd:

“Ofschoon de verdachte volgens het Hof niet heeft voorzien dat hij tijdens de psychose juist deze ernstige feiten zou plegen, wist hij wat de risico’s van zijn drugsgebruik zouden kunnen zijn en heeft hij zich ‘willens en wetens in een situatie van intoxicatie gebracht’. Daarmee heeft hij, aldus het Hof, het aan zichzelf te wijten dat hij in een psychotische toestand is geraakt. Het Hof is uiteindelijk tot de slotsom gekomen dat de verdachte door het gebruik van de desbetreffende amfetamine ‘bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat hij in een psychose zou geraken en tijdens die psychose gewelddadige handelingen zou kunnen verrichten’. Uit die door het Hof aangenomen bewuste aanvaarding kan echter niet zonder meer volgen dat de verdachte de onderhavige feiten opzettelijk – in de vorm van voorwaardelijk opzet – heeft gepleegd. Dat de verdachte het aan zichzelf te wijten heeft dat hij in een psychotische toestand is geraakt zou, bij bewezenverklaring van diens opzet op levensberoving, wel van belang kunnen zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van bijvoorbeeld ontoerekenbaarheid.”

Het is de vraag hoe deze overweging van de Hoge Raad dient te worden geïnterpreteerd. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat het Hof zijn beschouwingen over anterior opzet door de volgende passage had laten voorafgaan: “Om te beoordelen of er sprake is geweest van opzet op de ten laste gelegde feiten, dient in beginsel te worden uitgegaan van het moment van het plegen van die feiten.” Blijkens het gemaakte voorbehoud (‘in beginsel’) gaat het Hof dus uit van de rechtsopvatting dat opzet niet altijd op het moment van het plegen van het feit hoeft te worden gelokaliseerd. De overweging van de Hoge Raad moet tegen de achtergrond van die constatering worden begrepen. Als de Hoge Raad van mening was dat deze opvatting blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, dan zou het niet nodig zijn geweest de anterior-opzetconstructie inhoudelijk op begrijpelijkheid te toetsen. Uit het feit dat de Hoge Raad de opzetredenering van het Hof inhoudelijk toetst, kan daarom met enige voorzichtigheid worden afgeleid dat het op deze wijze anterior lokaliseren van opzet niet categorisch wordt afgewezen.

Het is vervolgens de vraag waarom de door het Hof gebezigde anterior-opzetredenering niet voldoet. De Hoge Raad overweegt dat uit die door het Hof aangenomen bewuste aanvaarding niet zonder meer kan volgen dat de verdachte de onderhavige feiten opzettelijk heeft gepleegd. Dat roept de vraag op waarom deze ‘bewuste aanvaarding’ – een term die in andere gevallen volstaat om voorwaardelijk opzet uit te drukken – in casu niet volstaat.

Om die vraag te beantwoorden, moet de aandacht gericht worden op wat het Hof precies heeft gezegd over de geestesgesteldheid van de verdachte.

Het Hof laat zich tweemaal daarover uit. In de eerste plaats overweegt het Hof dat “verdachte zich willens en wetens in een situatie van intoxicatie heeft gebracht”. In de tweede plaats overweegt het Hof dat de verdachte “bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat hij in een psychose zou geraken en tijdens die psychose gewelddadige handelingen zou kunnen verrichten.” Het valt op dat het Hof de psychische gesteldheid van de verdachte in geen van beide gevallen betreft op het gevolg waarop het opzet bij het delict doodslag moet zijn gericht, zijnde het veroorzaken van de *dood* van een ander. Er kan gesteld worden dat het Hof zich hoogstens uitlaat over opzet op *intoxicatie* dan wel opzet op *geweld*.

HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3226 kan in dezelfde sleutel worden geplaatst. Het Hof had een anterieur-opzetredenering gebezigd ten aanzien van het opzettelijk toebrengen van zwaar lichamelijk letsel. Het Hof overwoog dat de verdachte “door in een korte periode grote hoeveelheden alcohol in te nemen alsmede een aanzienlijke hoeveelheid medicijnen die naar hij wist niet in combinatie met alcohol mogen worden gebruikt, willens en wetens de aanmerkelijke kans [heeft] aanvaard dat hij de controle over zijn handelen zou verliezen”. De Hoge Raad verstaat het arrest van het Hof echter zo dat het Hof geoordeeld zou hebben dat bij de verdachte tempore delicti niet ieder inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen daarvan zou hebben ontbroken. In deze interpretatie van het oordeel van het Hof lokaliseert het Hof het opzet dus ook tempore delicti. De Hoge Raad laat echter wel doorschemeren dat er wat aan te merken valt op de redenering van het Hof (“wat er zij van wat het Hof bij de bespreking van de verweren heeft overwogen”), doch vermeldt niet waarom dat het geval is.

De redenering van het Hof lijdt aan een vergelijkbaar euvel als de redenering van het Hof in de Tolbertzaak. Het Hof liet na de anterieure psychische gesteldheid te betrekken op hetgeen vereist is voor het ten laste gelegde delict, zijnde het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel. Het Hof betrok de geestesgesteldheid van de verdachte slechts op het verliezen van controle over zijn handelen. Tegen deze achtergrond kan het arrest van de Hoge Raad op dezelfde wijze worden opgevat als het Tolbertarrest. Dat betekent dat het gebrek dat volgens de Hoge Raad kleefte aan de redenering van het Hof geen betrekking heeft op de ondeugdelijkheid van het vroeg lokaliseren van opzet. Het gebrek zit in een ondeugdelijke verwerping van het verweer. Het verweer dat geen sprake is van opzet op het toebrengen van *zwaar lichamelijk letsel* wordt immers gepareerd door te stellen dat de verdachte opzet had op het *verliezen van controle*.

Op de keper beschouwd maken beide feitenrechters dus gebruik van een culpa-in-causaconstructie.<sup>590</sup> De op een eerder moment gelokaliseerde be-

<sup>590</sup> Zie ook rechtbank Zwolle-Lelystad 6 maart 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV7342. De rechtbank verwerpt het verweer dat geen sprake was van opzet op het plegen van schennis van de eerbaarheid met de volgende culpose redenering: “Verdachte heeft zichzelf, door dermate veel alcohol te nuttigen, vrijwillig in een bepaalde toestand gebracht, waarin hij is overgegaan tot het plegen van het subsidiair ten laste gelegde feit. Naar het oordeel van de rechtbank had verdachte moeten weten dat het nuttigen

wustheid is onvoldoende om de cognitieve component van opzet te vervullen. Dat betekent overigens niet dat de vaststellingen van de feitenrechters niet anderszins van belang zouden kunnen zijn. De Hoge Raad merkt daarover in de Tolbertzaak het volgende op:

“Dat de verdachte het aan zichzelf te wijten heeft dat hij in een psychotische toestand is geraakt zou, bij bewezenverklaring van diens opzet op levensberoving, wel van belang kunnen zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van bijvoorbeeld ontoerekenbaarheid.”

Indien zou worden geoordeeld dat de verdachte *tempore delicti* leed aan een ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens die – op zichzelf beschouwd – aan toerekening in de weg staat, dan kan de eerder gelokaliseerde bewuste schuld alsnog tot toerekening nopen. Het aannemen van *culpa* in causa veronderstelt geen opzet. Het oordeel van het verwijzingshof in de Tolbertzaak kan in die sleutel worden geplaatst.<sup>591</sup> Het Hof oordeelde, na het opzet bewezen te hebben verklaard, dat de amfetaminepsychose niet leidt tot de conclusie dat de feiten in het geheel niet aan de verdachte kunnen worden toegerekend. Volgens het Hof kon de verdachte weten dat het gebruik van dat verboden middel effect heeft op de psychische toestand. Daaraan doet volgens het Hof niet af dat de verdachte de verstrekkende gevolgen die zijn gebruik in het concrete geval heeft gehad, niet heeft voorzien. Het verwijzingshof laat aldus expliciet blijken dat op het ruim voor het delict gelegen tijdstip geen sprake was van opzet.

Ik kom tot de conclusie dat uit de twee arresten die in deze paragraaf centraal stonden niet kan worden afgeleid dat de Hoge Raad de anterieur-opzetconstructie niet zou toelaten. Uit de arresten volgt hoogstens dat *culpa* in causa niet volstaat voor *dolus in causa* (anterieur opzet). Meer dan een negatieve conclusie – de Hoge Raad spreekt zich niet expliciet uit tegen de constructie – kan niet worden getrokken. Daarbij is van belang dat de feitelijke omstandigheden van beide zaken er niet toe uitnodigen lang stil te staan bij de anterieur-opzetconstructie. Bij op een specifiek persoon gerichte geweldshandelingen ligt het niet voor de hand dat opzet *tempore delicti* afwezig is. Het teruggrijpen op een vroege intentie valt alleen te billijken als aannemelijk is dat opzet *tempore delicti* ontbreekt. Dat betekent dat de feitenrechters in deze zaken het zichzelf onnodig moeilijk hebben gemaakt.

#### 6.6.5.4 *Besluit*

Zowel uit de zojuist in paragraaf 6.6.5.3 besproken zaken als uit de in paragraaf 6.6.5.2 besproken verkeerszaken kunnen geen harde conclusies worden

---

van een dusdanige hoeveelheid alcohol een dergelijke uitwerking op het functioneren van verdachte zou hebben, er is dan ook sprake van *dolus in causa*.”

<sup>591</sup> Hof Arnhem 17 februari 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL4185.

getrokken met betrekking tot de toelaatbaarheid van de anterieur-opzetconstructie. Uit de in paragraaf 6.6.5.3 besproken arresten kan hoogstens afgeleid worden dat de Hoge Raad de anterieur-opzetconstructie niet categorisch afwijst. Bij de in paragraaf 6.6.5.2 besproken verkeerszaken viel niet uit te sluiten dat de Hoge Raad meent dat uit het rijgedrag een voortdurend voorwaardelijk opzet kan worden afgeleid, zodat dus ook sprake is van opzet tempore delicti. De conclusie kan zijn dat de Hoge Raad nog niet voldoende uitgedaagd is zijn positie te bepalen ten aanzien van de materieelrechtelijke status van de anterieur-opzetconstructie.

Een en ander betekent uiteraard niet dat de jurisprudentie van de Hoge Raad zonder betekenis is. Feit is dat zowel zaak 5b (Veertig bier) als zaak 5d (Coureur) door de Hoge Raad in stand is gelaten. Het over het hoofd hebben gezien van de slachtoffers vormde voor de Hoge Raad in elk geval geen reden om het opzetoordeel onbegrijpelijk te achten. Daarnaast laat de Hoge Raad in zaak 5b (Veertig bier) blijken dat intoxicatie in zijn optiek mede ten grondslag gelegd kan worden aan het bewijs van opzet.

Over de vraag of het bewijs van opzet in dit soort zaken overtuigend is, kan getwist worden. In paragraaf 8.4 zal ik het bewijs van opzet in anterieur-opzettaken aan een bewijsrechtelijke analyse onderwerpen. Ik verdedig daar de opvatting dat het bewijs van alle in paragraaf 6.6.3 besproken voorbeeldzaken in strijd is met het in dubio pro reo-beginsel. Die conclusie kan primair teruggevoerd worden op de kleine risico's die gepaard plegen te gaan met rijden onder invloed.

## **6.7 Opzet bij nalaten**

### **6.7.1 Inleiding**

In deze paragraaf staat het opzet op de dood in geval van nalaten centraal. In paragraaf 6.7.2 wordt één voorbeeldzaak besproken. In deze zaak wordt het opzet van de verdachte betrokken op het nalaten hulp te verlenen na een door hem veroorzaakt ongeval. In paragraaf 6.7.3 en 6.7.4 sta ik stil bij twee belangrijke dogmatische vereisten van het nalaten in deze context. Als eerste besteed ik aandacht aan de bijzondere zorgplicht. Vervolgens ga ik in op de vraag welk criterium moet worden gehanteerd bij de causaliteit van het nalaten. In paragraaf 6.7.5 volgt een analyse van de bovengenoemde voorbeeldzaak. Vervolgens wordt aandacht besteed aan andere zaken waarin nalaten een rol speelt.

## 6.7.2 Rechtspraak

### Zaak 6a

Hof Arnhem 17 december 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AF2052

Fietser in kanaal<sup>592</sup>

De dronken verdachte was met zijn auto tegen de achterkant van een fiets aangereden. De fietser verdrong in het naast de weg gelegen kanaal. Het Hof veroordeelt de verdachte wegens doodslag, omdat hij had nagelaten na de aanrijding hulp te bieden aan het slachtoffer. Het Hof wijdt de volgende bewijsoverweging aan het opzet:

“Voor bewezenverklaring van de tenlastegelegde doodslag is op zijn minst nodig dat de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat tengevolge van zijn gedrag [slachtoffer] zou overlijden. (...)

Naar het oordeel van het hof kan uit de bewijsmiddelen genoegzaam worden afgeleid dat in de omstandigheden waaronder de aanrijding heeft plaatsgevonden, objectief kansen op dodelijke gevolgen aanwezig waren. In casu staat vast dat de verdachte het slachtoffer vrij frontaal van achteren heeft aangereden. Direct na de aanrijding heeft de auto van verdachte grote schade opgelopen. De verdachte verklaart dat hij op het moment dat hij de harde klap tegen de auto kreeg, zag dat de voorruit van zijn voertuig kapot was. Hij nam waar dat de voorruit naar binnen was gedrukt. Uit de omvang van de klap leidt het hof af dat de verdachte zich bewust was van een ernstige aanrijding waarbij een mens het slachtoffer was geworden. Gelet op de weg-omstandigheden deden zich geen omstandigheden voor die een aanrijding met een niet-menselijk object aannemelijk maken. Deze conclusie van het hof wordt ondersteund door de verklaring van verdachte dat bij hem, na thuiskomst, de gedachte postvatte dat hij mogelijk een mens had aangereden. Niettemin heeft hij zowel direct na de aanrijding als na thuiskomst enige hulpverlening of inschakeling van hulpinstellingen nagelaten.

Ter terechtzitting in hoger beroep heeft verdachte verklaard dat het hem bekend is dat in verband met de snelheid en de massa van een motorvoertuig alsmede de kracht van de klap tegen zijn voertuig en de daarna geconstateerde schade, uit deze aanrijding ernstig letsel kon voortvloeien voor de bij de aanrijding betrokken personen. Het feit dat de verdachte na de aanrijding ondanks deze kennis is doorgereden, wetenschap hebbend van de aanmerkelijke kans dat er een mens was aangereden die tengevolge van de aanrijding ernstig letsel had opgelopen, zonder hulp te (laten) verlenen, brengt het hof tot het oordeel dat de verdachte de aanmerkelijke kans op de dood van het slachtoffer welbewust heeft aanvaard. Tegen deze achtergrond acht het hof bewezen dat de verdachte (voorwaardelijk) opzet op de dood van [slachtoffer] heeft gehad.”

<sup>592</sup> Zie voor de uitspraak van de rechtbank: rechtbank Zwolle 25 juni 2002, ECLI:NL:RBZWO:2002:AE4570.

### 6.7.3 Actus reus bij nalaten: de bijzondere zorgplicht en controle

In zaak 6a (Fietser in kanaal) wordt de aansprakelijkheid wegens doodslag primair gebaseerd op een omissie die gelokaliseerd wordt na de aanrijding met de fietser. De verdachte wordt tegengeworpen dat hij heeft nagelaten hulp te bieden of hulpdiensten in te schakelen. In deze paragraaf sta ik stil bij de actus reus bij nalaten. Onder welke omstandigheden kan het nalaten te handelen onder de objectieve bestanddelen van doodslag worden gebracht?

In de doctrine wordt algemeen aanvaard dat nalaten alleen onder bijzondere omstandigheden leidt tot aansprakelijkheid voor oneigenlijke omissiedelicten, zoals doodslag. Het onderscheid tussen strafbaar nalaten en niet-strafbaar nalaten wordt in de doctrine in de sleutel gezet van bijzondere zorgplichten. Het bekendste voorbeeld van strafbaar nalaten in de context van doodslag is het onthouden van voedsel aan haar kind door een moeder.<sup>593</sup> Het moederschap schept in deze benadering een bijzondere zorgplicht jegens het kind. Een ander voorbeeld wordt gevormd door voorafgaand gevaarlijk handelen.<sup>594</sup> Zaak 6a (Fietser in kanaal) kan in deze categorie ondergebracht worden. De verdachte creëert door zijn handeling – het in het kanaal doen belanden van de fietser – als het ware zijn eigen bijzondere zorgplicht jegens het slachtoffer.

Het is de vraag hoe het begrip ‘bijzondere zorgplicht’ moet worden gedeut. Het begrip speelt een rol in de context van oneigenlijke omissiedelicten. Bij deze delicten is het de vraag wanneer een nalaten onder een actief geformuleerd bestanddeel als ‘een ander van het leven beroven’ kan worden gebracht. Van wie van de meer dan zeven miljard aardbewoners die onder het bestanddeel ‘hij’ kunnen worden gebracht, kan gezegd worden dat deze persoon een ander van het leven heeft beroofd door niets te doen tegen het (mogelijk) intreden van de dood van iemand?

De bijzondere zorgplicht fungeert als onderscheidingscriterium tussen nalaten dat wél en nalaten dat niet onder de delictsomschrijving van een oneigenlijk omissiedelict kan worden gebracht. De plicht kan beschouwd worden als een drempelcriterium: zonder bijzondere zorgplicht kan geen aansprakelijkheid ontstaan voor het delict in kwestie. In deze benadering is het begrip ‘bijzondere zorgplicht’ een interpretatief mechanisme om kandidaten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid te selecteren. Dat betekent dat we

---

<sup>593</sup> Vgl. Remmelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 167.

<sup>594</sup> Vgl. Remmelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 168; Wolswijk 2005, ‘Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder’, p. 550; en Keiler 2013, ‘*Actus reus* and participation in European criminal law’, p. 97-104. De volgende uitspraken vallen ook in deze categorie: HR 8 juni 1971, NJ 1972, 90; HR 12 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8966; en rechtbank Arnhem 9 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS5580.

op zoek dienen te gaan naar normatieve factoren die het toedelen van strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen rechtvaardigen.

De bijzondere zorgplicht heeft primair betrekking op de relatie tussen de actor en het rechtsgoed dat geschonden kan worden door het nalaten. Daarbij speelt de aard van het rechtsgoed een rol van betekenis. In zijn algemeenheid geldt dat een zorgplicht eerder ontstaat als belangrijke rechtsgoederen zoals gezondheid en het leven in het geding zijn.

In de context van het delict doodslag geldt dat degene die een bijzondere zorgplicht heeft meer zorg verschuldigd is aan het mogelijke slachtoffer dan anderen. Het eisen van een *bijzondere* zorgplicht past bij een terughoudende benadering met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid voor nalaten. Alleen onder bijzondere omstandigheden kan iemand aansprakelijk worden gehouden. De moeder die nalaat haar kind te voeden kan aansprakelijk zijn wegens doodslag, maar de buurman niet.<sup>595</sup> De veroorzaker van een verkeersongeval die nalaat hulp te verlenen kan aansprakelijk zijn wegens doodslag, maar een getuige van het ongeval niet. In deze benadering hebben de buurman en de getuige geen bijzondere zorgplicht. Zij zijn het mogelijke slachtoffer minder verschuldigd dan de moeder en de veroorzaker van het ongeval. Daarom worden zij niet geacht een ander van het leven te hebben beroofd door hun nalaten.

Het is de vraag of deze terughoudende benadering nog past in het huidige strafrecht. De wetgever van 1886 ging uit van de opvatting dat nalaten alleen bij hoge uitzondering tot aansprakelijkheid zou moeten leiden.<sup>596</sup> De terughoudende benadering ten aanzien van het delict doodslag blijkt ook uit de strafbaarstelling als overtreding van het nalaten hulp te verlenen als men getuige is van ogenblikkelijk levensgevaar (art. 450 Sr). Kennelijk werd de strafwaardigheid daarvan veel minder hoog ingeschat dan de strafwaardigheid van actieve handelingen die de dood (kunnen) veroorzaken. De jurisprudentiële ontwikkelingen met betrekking tot functioneel ouderschap, feitelijk leidinggeven en de rol van het zich niet distantieëren bij medeplegen laten zien dat aansprakelijkheid voor oneigenlijke omissiedelicten regelmatig voor een belangrijk deel op nalaten wordt gebaseerd.<sup>597</sup> Tegen deze achtergrond kan de vraag worden gesteld of vandaag de dag nog zulke hoge eisen moeten worden gesteld aan de drempelvoorwaarde van de bijzondere zorgplicht.

Een interessante vraag in dat verband is waarom factoren als moederschap en voorafgaand gevaarlijk handelen nopen tot het aannemen van een bijzondere zorgplicht. Rechtvaardigen deze factoren op zichzelf beschouwd het aannemen van een bijzondere zorgplicht of gaat het veeleer om factoren die sterk correleren met een diepere rechtvaardigende factor? Daarbij kan

<sup>595</sup> Wolswijk 2005, 'Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder', p. 549 stelt dat de meeste schrijvers van deze opvatting uitgaan.

<sup>596</sup> Vgl. Keiler 2013, 'Actus reus and participation in European criminal law', p. 68-71.

<sup>597</sup> Het verdient opmerking dat de rol van het zich niet distantieëren in verband met medeplegen wordt gerelativeerd in HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474.



gedacht worden aan de bewustheid dat nalaten door de actor (waarschijnlijk) zal leiden tot de dood van een ander. Een moeder die haar kind voedsel onthoudt tot de dood intreedt, zal in de regel beschikken over deze bewustheid. Hetzelfde geldt voor iemand die een gevaarlijke situatie voor een ander heeft gecreëerd. In deze benadering wordt de bijzondere zorgplicht jegens het slachtoffer primair gerechtvaardigd door de uit de bewustheid voortvloeiende controle met betrekking tot het al dan niet overlijden van het slachtoffer.

In deze controlebenadering worden minder hoge eisen gesteld aan de drempelvoorwaarde van de bijzondere zorgplicht. De zorgplicht vloeit voor een belangrijk deel voort uit de wetenschap dat men controle heeft over het al dan niet intreden van het gevolg. Dat betekent dat de buurman en de getuige van een verkeersongeval niet noodzakelijkerwijs zijn uitgesloten van aansprakelijkheid wegens doodslag. De controlebenadering leidt niet tot een oeverloze uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. De bewustheid dat nalaten (waarschijnlijk) zal leiden tot de dood van een ander zal zich in de praktijk niet vaak voordoen bij mensen die niet in een bepaalde relatie staan tot het slachtoffer. Als dat echter wel het geval is, dan kan de aansprakelijkheid wegens doodslag onder omstandigheden gerechtvaardigd worden door de uit de bewustheid voortvloeiende controle.

Deze ruimere controlebenadering leidt evenmin tot volledige annexatie van art. 450 Sr. Art. 450 Sr richt zich tot de getuige van het ogenblikkelijk levensgevaar waarin een ander verkeert. Het is een open vraag hoeveel bewustheid is vereist voor aansprakelijkheid. Fokkens betoogt dat men zich niet bewust hoeft te zijn van het levensgevaar waarin de ander verkeert, omdat art. 450 Sr een overtreding betreft.<sup>598</sup> Machielse stelt daarentegen dat bewustheid van het gevaar noodzakelijk is.<sup>599</sup> Het komt mij voor dat art. 450 Sr niet al te hoge eisen stelt aan de bewustheid. Hoewel enig inzicht vereist zal zijn om als getuige te kunnen worden beschouwd, ligt de lat hiervoor in elk geval niet zo hoog als de bewustheid die de bijzondere zorgplicht in de zin van art. 287 Sr kan scheppen.<sup>600</sup>

Het verschil tussen de voor beide delicten vereiste bewustzijnsgraden kan geïllustreerd worden aan de hand van een ongepubliceerd arrest van de

<sup>598</sup> Conclusie Advocaat-Generaal Fokkens bij HR 25 maart 1997, NJ 1998, 37.

<sup>599</sup> Machielse 1998, aantekening 1a over art. 450 Sr (NLR), onder verwijzing naar Duitse literatuur. Zie daarnaast conclusie Advocaat-Generaal Machielse bij HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3838.

<sup>600</sup> Een strenge bewustzijns eis kan niet afgeleid worden uit HR 18 januari 1926, NJ 1926, p. 242. Uit dit arrest volgt slechts dat bewustheid iemand die geen ooggetuige is tot 'getuige' in de zin van art. 450 Sr kan maken. Uit het arrest volgt niet dat bewustheid een noodzakelijke voorwaarde is om iemand als 'getuige' in de zin van art. 450 Sr te kunnen beschouwen. Vgl. conclusie Advocaat-Generaal Fokkens bij HR 25 maart 1997, NJ 1998, 37. Een strenge bewustzijns eis kan evenmin afgeleid worden uit HR 25 maart 1997, NJ 1998, 37. Uit het arrest blijkt hoogstens dat het bestanddeel 'getuige' niet bewezen kan worden op basis van een verklaring die wijst op de afwezigheid van bewustheid ten aanzien van het levensgevaar. Lindenberg poneert de genuanceerde opvatting dat "een zekere bewustheid" van het gevaar is vereist. Zie Lindenberg 2016, 'Commentaar op art. 450 Sr', aantekening 8a (T&C strafrecht).

Hoge Raad.<sup>601</sup> In deze zaak gaat het om een man die verklaarde vermoed te hebben dat het slachtoffer een hartaanval had gehad. Hij verklaarde geen ambulance gebeld te hebben, omdat hij dacht dat het niet zo'n vaart zou lopen. Als deze verklaring voor juist wordt gehouden, dan komt art. 287 Sr niet in aanmerking. De man was zich niet bewust van het feit dat zijn nalaten (waarschijnlijk) zou leiden tot de dood van een ander. Desondanks kan de man wel beschouwd worden als 'getuige' in de zin van art. 450 Sr.

Er is nog een andere reden waarom de controlebenadering niet leidt tot volledige annexatie van art. 450 Sr. De controlebenadering brengt namelijk niet mee dat een hoge bewustzijnsgraad een voldoende voorwaarde is voor het aannemen van een bijzondere zorgplicht. Er wordt alleen betoogd dat een hoge bewustzijnsgraad een belangrijke factor is. Dat betekent derhalve dat er zich gevallen voor kunnen doen waarin een hoge bewustzijnsgraad toch alleen onder het bereik van art. 450 Sr valt.

Uit de omstandigheid dat een hoge bewustzijnsgraad geen voldoende voorwaarde is voor het aannemen van een bijzondere zorgplicht volgt reeds dat traditionele in de doctrine genoemde factoren, zoals moederschap en voorafgaand veroorzaakt gevaar, nog steeds een rol van betekenis kunnen vervullen.<sup>602</sup> Maar ook andere factoren, zoals de fysieke nabijheid van de actor en het mogelijke slachtoffer, kunnen naar mijn mening een rol spelen. In deze benadering zal de volgende variant op zaak 6a (Fietser in kanaal) eveneens tot aansprakelijkheid wegens doodslag kunnen leiden:

A ziet dat een auto een fietser het kanaal inrijdt en dat de automobilist doorrijdt. Terwijl A de bewusteloze fietser ziet verdrinken, realiseert zij zich dat zij het leven van de fietser gemakkelijk kan redden. Zij besluit dat echter niet te doen en gaat naar huis zonder andere mensen op de hoogte te stellen van de precare situatie waarin de fietser zich bevindt.

Volgens de klassieke, terughoudende benadering zou A alleen aansprakelijk kunnen worden gehouden voor art. 450 Sr. Ik acht het vandaag de dag echter verdedigbaar een dergelijk geval onder art. 287 Sr te brengen.<sup>603</sup> De uit de bewustheid voortvloeiende controle in combinatie met de fysieke nabijheid

---

<sup>601</sup> Zie over deze zaak: conclusie Advocaat-Generaal Fokkens bij HR 25 maart 1997, NJ 1998, 37. De conclusie heeft betrekking op de zaak tegen de zoon, terwijl het ongepubliceerde arrest betrekking heeft op de zaak tegen diens vader. In de zaak van de zoon casseerde de Hoge Raad de veroordeling, maar de veroordeling van de vader werd intact gelaten.

<sup>602</sup> Zie bijv. HR 12 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8966. De Hoge Raad hecht bij het aannemen van een op de verdachte rustende rechtsplicht zowel waarde aan zijn bewustheid van de weerloosheid van het slachtoffer als aan het feit dat de weerloosheid door hem was veroorzaakt.

<sup>603</sup> Indien de fietser later door iemand anders gered wordt, kan aansprakelijkheid bestaan wegens poging tot doodslag. Het nalaten in kwestie valt niet onder art. 450 Sr, omdat dat artikel alleen van toepassing is indien de dood van het slachtoffer intreedt.

kunnen naar mijn mening het aannemen van een bijzondere zorgplicht jegens het slachtoffer rechtvaardigen.

Ik kom tot een afronding van deze paragraaf. De vraag of een nalaten onder de objectieve bestanddelen van doodslag kan worden gebracht, is afhankelijk van de drempelvoorwaarde van de bijzondere zorgplicht. Daarnaast moeten nog twee voorwaarden worden vervuld om strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens doodslag te kunnen aannemen: opzet en causaal verband. Als de in deze paragraaf bepleite controlebenadering wordt gevolgd, dan is de opzetvraag in wezen al beantwoord. De bewustzijnsgraad die nodig is om de bijzondere zorgplicht in het leven te roepen, volstaat voor het aannemen van voorwaardelijk opzet.<sup>604</sup> Voor ik toekom aan de bespreking van de opzeteis bij nalaten, sta ik in de volgende paragraaf eerst stil bij de causaliteit van het nalaten.

#### 6.7.4 Causaliteit bij nalaten: een strikt of een coulant criterium?

De causaliteitsvraag bij nalaten wordt – net als dat het geval is bij een doen – beheerst door de leer van de redelijke toerekening. In HR 30 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9666 introduceert de Hoge Raad een criterium dat de beantwoording van deze vraag handen en voeten geeft. In deze zaak werd een vader verweten dat hij zijn kind opzettelijk in hulpeloze toestand had gelaten door niet tijdig medische hulp in te roepen, met de dood als gevolg (art. 255 jo. 257 lid 2 Sr). De Hoge Raad geeft aan dat de causaliteitsvraag beheerst wordt door het volgende criterium: heeft de verdachte door zijn nalaten het gevaar dat zijn zoontje zou komen te overlijden in zodanige mate verhoogd dat het overlijden redelijkerwijs aan de verdachte kan worden toegerekend? De Hoge Raad overweegt daarnaast dat in de gegeven omstandigheden de mogelijkheid dat het slachtoffer ook bij het tijdig inschakelen van medische hulp zou zijn overleden niet uitdrukkelijk door het gebezigde bewijsmateriaal hoeft te worden uitgesloten.

De Hoge Raad spreekt over verhoging van het gevaar. Dat betekent dat een relatieve betekenis wordt toegekend aan het begrip ‘gevaar’. De kans op de dood is groter bij nalaten dan het geval is bij een of meer gewenste gedragsalternatieven. Het handelsscenario wordt hier als uitgangspunt genomen. Het risico  $y$  bij nalaten is verhoogd ten opzichte van het basisrisico  $x$  bij adequaat handelen. Het criterium biedt geen duidelijkheid over de vraag welke risicoverhoging volstaat. In zijn conclusie in de zaak Millecam stelt Advocaat-Generaal Knigge het volgende over het criterium van de Hoge Raad:

---

<sup>604</sup> Het omgekeerde is niet noodzakelijkerwijs het geval. Het enkele feit dat iemand voorwaardelijk opzet heeft op de dood van een ander door nalaten, levert niet in alle gevallen een bijzondere zorgplicht jegens het slachtoffer op. De bewustzijnsgraad is een belangrijke factor in het creëren van een zorgplicht: des te groter iemand de kans acht dat zijn nalaten tot de dood zal leiden, des te eerder ontstaat de bijzondere zorgplicht om te handelen.

“Uit deze overwegingen blijkt dat de Hoge Raad niet (steeds) eist dat in geval van nalaten met zekerheid wordt vastgesteld dat de afloop anders was geweest als wel was gehandeld: de mogelijkheid dat handelen geen verschil zou hebben gemaakt, behoeft niet door de bewijsmiddelen te worden uitgesloten. Wat wel vereist is, is minder duidelijk. Vereist is dat het risico (van een ongewenste afloop) door het nalaten is verhoogd en wel in zodanige mate dat die afloop de verdachte kan worden toegerekend. Dat betekent in elk geval dat niet iedere verhoging van het risico voldoende is om causaal verband aan te nemen. Het risico moet in een bepaalde mate zijn verhoogd. Dat houdt denk ik in dat het minst genomen aannemelijk moet zijn dat handelen verschil zou hebben gemaakt. Minst genomen, want de meest voor de hand liggende lezing van het arrest lijkt mij te zijn dat op dit punt (in het algemeen) een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid wordt geëist. Zo valt te begrijpen dat van de verdergaande eis (zekerheid) wordt gezegd dat die niet (steeds) wordt gesteld.”<sup>605</sup>

Knigge zoekt bij het in de voorlaatste zin bepleite criterium aansluiting bij de Groninger hiv-zaak.<sup>606</sup> In die zaak had de verdachte (tezamen met anderen) slachtoffers met hiv-besmet bloed geïnjecteerd. De Hoge Raad overwoog in die zaak, die derhalve betrekking had op een commissiegedraging, dat aannemelijk moet zijn dat “het gevolg met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid door de gedraging van de verdachte is veroorzaakt”.<sup>607</sup> Knigge betoogt dat er geen reden is aan de empirische component in het causaliteitsoordeel veel minder hoge eisen te stellen bij nalaten dan bij doen. Ook bij het nalaten moet (in het algemeen) derhalve een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid worden geëist.

Op de vergelijking met de Groninger hiv-zaak valt wel wat af te dingen. In de Groninger hiv-zaak wordt beoogd een beschrijving van de werkelijkheid te geven. De vraag is of de besmetting door de verdachte is veroorzaakt of door een ander. Het gaat hier om elkaar uitsluitende mogelijkheden. Als de besmetting door X is veroorzaakt, dan is de besmetting niet door Y veroorzaakt.<sup>608</sup> Over deze kwestie zou in theorie duidelijkheid kunnen worden verkregen. Er valt daarom wat voor te zeggen om de onzekerheid binnen het bewijsrecht te lokaliseren. Het moet buiten redelijke twijfel staan (in dubio pro reo-beginsel) dat de verdachte – en niet iemand anders – de besmetting heeft veroorzaakt. De risico’s die een rol spelen bij de causaliteit van het nalaten hebben echter geen betrekking op de beschrijving van de werkelijkheid. Het komt er, heel simpel gesteld, op neer dat we bij een bepaalde risicoverho-

<sup>605</sup> Conclusie Advocaat-Generaal Knigge bij HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4858 (punt 8.5). Voetnoten verwijderd.

<sup>606</sup> De achter deze zin opgenomen voetnoot, die verwijst naar de Groninger hiv-zaak, is niet opgenomen in het bovenstaande citaat.

<sup>607</sup> HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6362.

<sup>608</sup> Daar ligt de normatieve premisse aan ten grondslag dat de laatste ongewenste handeling niet meer als juridische oorzaak kan gelden als het slachtoffer al besmet was.

ging bereid zijn iets als strafrechtelijke causaliteit te bestempelen. De twee risico's die ten grondslag liggen aan de vergelijking – de kans bij doen en de kans bij nalaten – vormen een materieelrechtelijk beoordelingscriterium.<sup>609</sup> <sup>610</sup> Ze hebben – anders dan in de Groninger hiv-zaak – geen betrekking op iets wat in het verleden heeft plaatsgevonden. Het gaat om de vergelijking tussen twee hypothetische scenario's. Een en ander neemt overigens niet weg dat het strenge criterium uit de Groninger hiv-zaak wel degelijk toegepast kan worden op nalaten.

Knigge stelt dat het aan de Groninger hiv-zaak ontleende criterium past bij de uit HR 30 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9666 afkomstige overweging, waarin de Hoge Raad aangeeft dat de mogelijkheid van overlijden indien adequaat gehandeld zou zijn niet uitdrukkelijk hoeft te worden uitgesloten door de bewijsmiddelen. Dat is een plausibele interpretatie van de bovengenoemde overweging. Uit het feit dat 'de mogelijkheid' niet hoeft te worden uitgesloten, zou a contrario afgeleid kunnen worden dat 'meer dan een mogelijkheid' wel dient te worden uitgesloten. In deze interpretatie vormt de mogelijkheid op de dood bij adequaat handelen de ondergrens van de causaliteit. Als we veronderstellen dat nalaten in het arrest uit 2003 (vrijwel) zeker tot de dood leidt, dan stijgt het risico van 'een mogelijkheid' bij adequaat handelen tot 'zekerheid' bij nalaten. Knigges criterium dat er een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid moet zijn dat handelen beter afloopt dan nalaten, past bij deze duiding van het arrest.

Het is bepaald niet gemakkelijk te voldoen aan Knigges strenge criterium dat er een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid moet zijn dat handelen beter afloopt dan nalaten. Laten we arguendo aannemen dat een kans van 95 procent als 'een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid' kan worden bestempeld. Van belang is dat bij de causaliteit van nalaten – anders dan in de Groninger hiv-zaak – twee kansgroottes een rol spelen. Om de kans te berekenen dat het handelsscenario tot een andere uitkomst leidt dan het nalaatscenario moet gekeken worden naar het *verschil* tussen de twee kansen. Een hoge verschillkans doet zich alleen voor als enerzijds de kans op de dood in het handelsscenario klein is, terwijl anderzijds de kans in het nalaatscenario groot is. Een verschillkans van 95 procent doet zich bijvoorbeeld voor als de kans op de dood in het handelsscenario 3 procent is, terwijl de kans in het nalaatscenario 98 procent is. Dat betekent dat handelen naar verwachting in 95 procent van de gevallen beter afloopt. In 5 procent van de gevallen treedt naar verwachting geen verschil op.

---

<sup>609</sup> Vgl. ook de noot van Knigge onder HR 30 september 2003, NJ 2005, 69, ECLI:NL:HR:2003:AF9666.

<sup>610</sup> Het lokaliseren van het kanscriterium in het materiële recht zorgt voor een lastige verhouding met het kanscriterium dat geldt in het bewijsrecht. Het komt er, simpel gezegd, op neer dat de rechter de kans voldoende groot moet achten (de kansgrootte die vereist is voor de overtuigingsgraad van art. 338 Sv) dat sprake is van een bepaalde kansverhoging. Zie paragraaf 2.4 over de kansgrootte die vereist wordt in het kader van art. 338 Sv.

Knigge lijkt geen acht te slaan op de kansgrootte met betrekking tot het nalaten. Deze kans wordt impliciet op 100 procent gesteld. Bedacht dient echter te worden dat het enkele feit dat nalaten in een bepaald geval gepaard ging met het gevolg niet meebrengt dat de kans in het nalaatscenario 100 procent is.<sup>611</sup> Het nalaatscenario is evenzeer hypothetisch van aard als het handelsscenario. Dat betekent dat tot op zekere hoogte geabstraheerd moet worden van de bijzonderheden van het concrete geval.<sup>612</sup> Als de kans op de dood in het handelsscenario op 0 procent wordt ingeschat, terwijl de kans in het nalaatscenario bijvoorbeeld 5 procent is, dan is ook niet voldaan aan Knigges strenge criterium. Adequaat handelen loopt dan slechts in 5 procent van de gevallen beter af.

Witjens benadert de kansgrootte met betrekking tot handelen van de andere kant dan Knigge. Hij betoogt dat “een kans” dat het gevolg te *voorkomen* was, kan volstaan; “de enkele mogelijkheid” is in zijn optiek echter onvoldoende.<sup>613</sup> Door de kans te betrekken op het tegendeel van datgene waarover de Hoge Raad het heeft (gevolgs*vermijding* in plaats van gevolgs*intreding*), staan nu juist lage verschillcores centraal.

Ik zal dit illustreren aan de hand van een voorbeeld. Stel, een kans van 10 procent wordt beschouwd als “een kans” die groter is dan “de enkele mogelijkheid”, zoals door Witjens voldoende wordt geacht. Het gaat dan om een kans van 10 procent dat handelend optreden tot vermijding van het gevolg leidt. De maximaal te bereiken verschillscore<sup>614</sup> is dan 10 procent: in 9 van de 10 gevallen maakt handelen geen verschil. Als we de op het vermijden van het gevolg betrekking hebbende terminologie van Witjens terugvertalen naar de op het intreden van het gevolg betrekking hebbende terminologie van de Hoge Raad, dan ontstaat het volgende beeld. Het basisrisico – de kans op de dood in het handelsscenario – is 90 procent. De maximale risicoverhoging die plaats kan vinden is van 90 procent naar 100 procent. Zo beschouwd betoont Witjens zich een voorstander van een coulant criterium.<sup>615</sup>

<sup>611</sup> Omgekeerd geldt dat het enkele feit dat nalaten in een bepaald geval niet gepaard ging met een gevolg niet meebrengt dat de kans in het nalaatscenario niet heel groot zou kunnen zijn.

<sup>612</sup> In paragraaf 7.5 ga ik nader in op de vraag welk perspectief moet worden ingenomen bij het bepalen van kansen.

<sup>613</sup> Witjens 2011, ‘Strafrechtelijke causaliteit: de redelijke toerekening vergeleken met het privaatrecht’, p. 223. Hij acht het ook denkbaar dat in HR 30 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9666 zelfs “een zeer kleine kans op voorkomen van het gevolg” al voldoende is voor redelijke toerekening.

<sup>614</sup> Als de kans op gevolgsvermijding in het nalaatscenario op 0 procent wordt ingeschat, dan wordt de maximale verschillscore bereikt. Witjens lijkt – net als Knigge – geen acht te slaan op de kansgrootte met betrekking tot nalaten. Waar Knigge de kans op het intreden van het gevolg in het nalaatscenario impliciet op 100 procent stelt, stelt Witjens de kans op de vermijding van het gevolg in het nalaatscenario impliciet op 0 procent.

<sup>615</sup> Witjens interpreteert HR 30 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9666 – anders dan Knigge – niet a contrario. Uit het feit dat de mogelijkheid van overlijden bij adequaat

Ik zal nu ingaan op de zaak Millecam, waar Knigge zijn strenge criterium voor de causaliteit van het nalaten in zijn conclusie introduceerde. In deze zaak gaat het op de keper beschouwd om de vraag of causaal verband bestaat tussen het nalaten van een (alternatieve) arts en het optreden van zwaar lichamelijk letsel (de strafverzwarende omstandigheid van art. 300 lid 3 Sr). Ik geef de uiterst gecompliceerde kwestie iets versimpeld weer.<sup>616</sup> Uitgangspunt is dat bij Millecam sprake is geweest van 'letsel'. Een andere behandeling dan in casu heeft plaatsgevonden, had gepaard kunnen gaan met minder ernstige gevolgen. Deze minder ernstige gevolgen beschouw ik hier niet als 'letsel'.

Het is aannemelijk dat Millecam beter af zou zijn geweest indien zij zich aan een reguliere behandeling had onderworpen.<sup>617</sup> Deze conclusie kan als volgt aan de hand van kansen worden gepresenteerd:

1. De kans is zeer klein (bijvoorbeeld 0 procent) dat een reguliere behandeling gepaard gaat met 'letsel'.
2. De kans is zeer groot (bijvoorbeeld 100 procent) dat een niet-reguliere behandeling als de onderhavige gepaard gaat met 'letsel'.
3. Er bestaat een soort causaal verband tussen het niet ondergaan van een reguliere behandeling en 'letsel'.<sup>618</sup> De kans is zeer groot (bijvoorbeeld

---

handelen niet uitdrukkelijk hoeft te worden uitgesloten, leidt hij niet af dat 'meer dan de mogelijkheid' wel moet worden uitgesloten. In Witjens' interpretatie hoeft de mogelijkheid van overlijden (klein én groot) kennelijk niet te worden uitgesloten, zolang maar gesproken kan worden van een zodanige risicoverhoging dat toerekening redelijk is.

<sup>616</sup> De kwestie is in twee opzichten gecompliceerd. In de eerste plaats dienen volgens de delictsombschrijving twee causale verbanden bewezen te worden: (1) een causaal verband tussen nalaten en gezondheidsbenadeling en (2) een causaal verband tussen gezondheidsbenadeling en zwaar lichamelijk letsel. Knigge wijst er terecht op dat de benadeling van de gezondheid hier in feite bestaat uit het zwaar lichamelijk letsel dat is veroorzaakt (punt 6.4). Dat brengt mee dat het voldoende is een causaal verband vast te stellen tussen nalaten en zwaar lichamelijk letsel. Een tweede complicatie doet zich voor indien zou worden aangenomen dat in dit geval waarschijnlijk ook een vorm van zwaar lichamelijk letsel zou zijn ontstaan bij adequaat medisch handelen. Dat zou tot de opvatting kunnen nopen dat geen *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen nalaten en zwaar lichamelijk letsel. Ik meen echter dat die conclusie niet noodzakelijkerwijs hoeft te worden getrokken. Daaraan ligt het uitgangspunt ten grondslag dat het letsel in het nalaatscenario (letsel *y*) ernstiger is dan het letsel dat centraal staat in het handelsscenario (letsel *x*). Indien wordt aangenomen dat de verdachte door zijn nalaten het gevaar dat letsel *y* zich zou voordoen in plaats van letsel *x* heeft verhoogd met de volgens het criterium benodigde mate, dan kan nog steeds causaal verband worden aangenomen. Er is dan een *condicio sine qua non*-verband tussen nalaten en de aard van het letsel dat zich in concreto heeft voorgedaan.

<sup>617</sup> Vgl. conclusie Advocaat-Generaal Knigge bij HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4858 (punt 8.6).

<sup>618</sup> Vgl. conclusie Advocaat-Generaal Knigge bij HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4858 (punt 8.6).

100 procent) dat een reguliere behandeling beter is dan een niet-reguliere behandeling.

Het lastige van deze zaak is echter dat de uitkomst die zich uiteindelijk zal voordoen bij adequaat handelen van de verdachte, afhankelijk is van de wil van de patiënt. Het heeft er alle schijn van dat Millegam geen reguliere behandeling wilde ondergaan. De relevante vraag is nu of de verdachte door beïnvloeding had kunnen bewerkstelligen dat Millegam de evident betere reguliere behandeling zou ondergaan.<sup>619</sup> De hierboven onder punt 1 genoemde uitkomst – een reguliere behandeling met 0 procent kans op ‘letsel’ – zal zich alleen voordoen als beïnvloeding succesvol is. De psychische gesteldheid van de te beïnvloeden persoon is daarbij een doorslaggevende factor.<sup>620</sup>

Knigge leidt uit het arrest van het Hof af dat de kans op succes niet bijster hoog ingeschat moet worden. Het Hof was van oordeel dat “niet uit te sluiten valt” dat handelen conform de zorgplicht “meer” effect zou hebben gehad dan de eerdere pogingen van de uitsluitend regulier werkende artsen. Laten we de tamelijk kleine kans op een succesvolle beïnvloeding, arguendo, op 10 procent stellen. Dat betekent dat de kans op een niet-succesvolle beïnvloedingspoging 90 procent is. We krijgen dan de volgende voor het causaal verband relevante situatie:

1. De kans is groot (90 procent) dat het handelsscenario – een beïnvloedingspoging – gepaard gaat met ‘letsel’.
2. De kans is zeer groot (bijvoorbeeld 100 procent) dat het nalaatscenario – niet beïnvloeden – gepaard gaat met ‘letsel’.
3. De verschilscore is aldus 10 procent. In 9 van de 10 gevallen maakt adequaat handelen van de verdachte geen verschil.

Het is evident dat onder deze omstandigheden niet voldaan is aan Knigges strenge criterium. Knigge meent dan ook dat de klacht dat causaliteit onvoldoende blijkt uit de gebezigde bewijsmiddelen slaagt.<sup>621</sup>

Het is gemakkelijk in te zien dat het in cassatie bestreden oordeel van het Hof beter past bij het coulante criterium dat door Witjens wordt verdedigd. In deze benadering kan “een kans” dat het gevolg te vermijden is immers volstaan. De Hoge Raad volgt de conclusie van Knigge niet en laat het arrest van het Hof in stand:

<sup>619</sup> Vgl. conclusie Advocaat-Generaal Knigge bij HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4858 (punt 8.3).

<sup>620</sup> Zie paragraaf 7.5.2 over het betrekken van intenties bij het bepalen van de kans. Ik betoog daar dat intenties een van de belangrijkste voorspellers van de uitkomsten van menselijk gedrag vormen.

<sup>621</sup> Conclusie Advocaat-Generaal Knigge bij HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4858 (punt 8.10).



“Nu het Hof – niet onbegrijpelijk – heeft geoordeeld dat de verdachte heeft nagelaten te doen wat hij als behandelend arts had behoren te doen, geeft het in overweging 2.10.1 van de bestreden uitspraak tot uitdrukking gebrachte oordeel dat de verdachte, door zich te gedragen zoals bewezenverklaard, het gevaar van letsel zoals in de bewezenverklaring omschreven in zodanige mate heeft verhoogd dat dit letsel, in de vorm waarin het zich vervolgens heeft voorgedaan, aan de verdachte kan worden toegerekend als gevolg van diens nalaten tijdig adequate medische zorg te bieden, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voorts is dat oordeel naar behoren met redenen omkleed. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat de verdachte blijkens de vaststellingen van het Hof heeft nagelaten Millecam ‘adequaat (met een op de persoon van Millecam toegesneden indringende vasthoudendheid) en herhaaldelijk’ te stimuleren ‘het haar toekomstige zelfbeschikkingsrecht op een juiste wijze uit te oefenen’, terwijl, juist omdat Millecam haar vertrouwen had gesteld in de verdachte als alternatief werkzaam geneesheer, niet valt uit te sluiten dat zulk stimulerend optreden van de verdachte bij Millecam meer effect zou hebben gehad dan eerdere pogingen van uitsluitend regulier werkende artsen.”<sup>622</sup>

De Hoge Raad interpreteert overweging 2.10.1 van het Hof zo dat daarin het gevaarverhogingscriterium uit HR 30 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9666 besloten ligt. Dat laat in elk geval zien dat dit criterium nog steeds van toepassing is bij de causaliteit van het nalaten. De vraag is nog steeds welke verhoging van het risico volstaat. In dat verband is van belang dat de Hoge Raad de motivering van het Hof accepteert dat niet uit te sluiten valt dat stimulerend optreden van de verdachte bij Millecam meer effect zou hebben gehad.

Het door de Hoge Raad gebezigde gevaarverhogingscriterium heeft betrekking op de kans op ‘letsel’. Het gaat erom of het risico bij nalaten is verhoogd ten opzichte van het basisrisico bij adequaat handelen. De door de Hoge Raad geaccepteerde motivering van het Hof gaat over de kans in het handelsscenario. Om de kans op ‘letsel’ te reconstrueren moet een lastige zinsconstructie worden ontward. Er kan *niet* worden *uitgesloten* dat ‘letsel’ *vermeden* had kunnen worden. De term ‘niet uitsluiten’ kan worden vertaald als ‘een kleine kans’: ook bij een kleine kans kan iets immers niet worden uitgesloten. Daarnaast geldt dat een kleine kans op *vermijding* van ‘letsel’ gelijkstaat aan een grote kans op *intreding* van ‘letsel’. Eigenlijk zegt het Hof dus dat de kans op ‘letsel’ bij adequaat medisch handelen (de patiënt stimuleren een reguliere behandeling te ondergaan) zeer groot is; de kans op ‘letsel’ is echter geen 100 procent, omdat ‘letsel’ heel misschien voorkomen had kunnen worden.

Ik vergelijk het arrest uit 2013 met het arrest uit 2003. Daar accepteerde de Hoge Raad dat het Hof de mogelijkheid niet had uitgesloten dat ook in het handelsscenario de dood had kunnen intreden. De term ‘niet uitsluiten’ kan

---

<sup>622</sup> HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4858 (rechtsoverweging 4.3).

wederom worden vertaald als ‘een kleine kans’. Anders dan het geval was bij het arrest in 2013 heeft de kleine kans hier betrekking op het intreden (en niet op het vermijden) van het gevolg. De strekking van het arrest uit 2003 is dat een kleine kans op het gevolg bij adequaat handelen niet in de weg staat aan het aannemen van causaal verband. Daaruit kan kennelijk niet a contrario worden afgeleid – zoals Knigge deed – dat een grote kans wél bezwaarlijk is. De strekking van het arrest uit 2013 is immers dat ook een grote kans op het gevolg bij adequaat handelen niet aan het aannemen van causaal verband in de weg staat.

Al met al lijkt de Hoge Raad aldus meer te voelen voor Witjens’ coulante criterium dan voor Knigges strenge criterium. Zelfs bij een relatief geringe risico-verhoging kan gesteld worden dat de verdachte het gevaar in zodanige mate heeft verhoogd dat het overlijden redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend.

In tabel 6.1 probeer ik inzicht te bieden in het verschil dat bestaat tussen het strenge en het coulante criterium. De gekozen kansgroottes zijn uitsluitend bedoeld om de gedachten te bepalen. Uit de tabel komt naar voren dat alleen aan het strenge criterium kan worden voldaan als de kans op het intreden van het gevolg bij adequaat handelen behoorlijk klein is. Alleen in dat geval is er ‘een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid’ (hier arguendo op 90 procent of groter gesteld) dat adequaat handelen beter afloopt dan nalaten.

**Tabel 6.1** Vergelijking van criteria voor de causaliteit van nalaten

Criterium	Kans op gevolg bij adequaat handelen	Kans op gevolg bij nalaten	Verschilscore	Causaliteit
Streng	0% - 10%	100%	≥ 90%	ja
Coulant	0% - 90%	100%	≥ 10%	ja

In de praktijk is het nog moeilijker aan het strenge criterium te voldoen, omdat de kans op het gevolg in het nalaatscenario niet zonder meer op 100 procent gesteld kan worden (zoals gedaan is in de tabel).<sup>623</sup> Als die kans lager wordt ingeschat, dan is het zeer lastig (of zelfs onmogelijk) aan een hoge verschilscore (bijvoorbeeld 90 procent) te komen.

Het coulante criterium maakt het veel gemakkelijker om causaliteit bij nalaten aan te nemen. Het feit dat de Hoge Raad in dit geval genoeg neemt met een coulant criterium past bij de voortgaande acceptatie van strafrechte-

<sup>623</sup> Zie de bespiegelingen aan het begin van deze paragraaf. Het lager inschatten van de kans in het nalaatscenario zou zich bijvoorbeeld voordoen indien het gaat om een ziekte waarbij een reële kans bestaat op spontane genezing. In dat geval kan minder snel gezegd worden dat adequaat handelen met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid beter afloopt dan nalaten.

lijke aansprakelijkheid in het geval van nalaten. Als een coulant criterium wordt gehanteerd, dan wordt de aansprakelijkheid voor nalaten voornamelijk beperkt door het opzet en de drempelvoorwaarde van de bijzondere zorgplicht. De causaliteit kan zonder al te veel problemen bewezen worden.<sup>624</sup>

## 6.7.5 Analyse

### 6.7.5.1 Inleiding

In deze paragraaf zal ik een aantal zaken waarin nalaten een rol speelt aan een analyse onderwerpen. In paragraaf 6.7.5.2 staat de eerder weergegeven zaak 6a (Fietser in kanaal) centraal. Ik zal in die paragraaf vooral aandacht schenken aan een aantal bijzonderheden in verband met de causaliteit en het opzet bij dit omissiedelict. In paragraaf 6.7.5.3 ga ik kort in op de verhouding tussen doorrijden na een ongeval (art. 7 WVV) en doodslag. In paragraaf 6.7.5.4 richt ik de aandacht op andere manifestaties van nalaten in de verkeerscontext. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het meeslepen onder de auto. Ik sluit af met een korte uiteenzetting over de bewijsrechtelijke rol die nalaten in sommige zaken vervult (paragraaf 6.7.5.5).

### 6.7.5.2 Causaliteit en opzet in zaak 6a (Fietser in kanaal)

In een 'gewone' zaak waarin doodslag in het verkeer ten laste is gelegd, levert de actus reus doorgaans geen moeilijkheden op. Het staat in de regel wel vast dat de verdachte een dodelijk verkeersongeval heeft veroorzaakt. De enige vraag die van belang is, is of het handelen van de verdachte gepaard is gegaan met opzet op de dood.

Doodslag in het verkeer door middel van nalaten is complexer van aard. In de eerste plaats moet een bijzondere zorgplicht jegens het slachtoffer worden vastgesteld om het nalaten onder het oneigenlijke omissiedelict doodslag te kunnen brengen. In de tweede plaats geldt dat het complexer is een causaal verband vast te stellen tussen het nalaten van de verdachte en de dood van het slachtoffer.

Het Hof Arnhem behandelt zaak 6a (Fietser in kanaal) in wezen als een gewone doodslagzaak. Het Hof besteedt aandacht aan het opzet, maar wijdt geen overwegingen aan de bijzondere zorgplicht en het causaal verband. In het arrest wordt niet expliciet gemotiveerd waarom het nalaten van de ver-

---

<sup>624</sup> Het verdient opmerking dat het gevaarverhogingscriterium materieelrechtelijk van aard is. Toepassing van het coulante criterium houdt in dat buiten redelijke twijfel moet staan (bewijsrecht) dat niet kan worden uitgesloten (materieel recht) dat adequaat handelen verschil zou maken ten opzichte van nalaten.

dachte in casu onder de delictsomschrijving van het oneigenlijke omissiedelict doodslag gebracht kan worden.

Het is niet moeilijk om in deze zaak een bijzondere zorgplicht aan te nemen. In paragraaf 6.7.3 kwam reeds naar voren dat deze zaak valt in de doctrine algemeen aanvaarde categorie van voorafgaand gevaarlijk handelen. Door zijn handeling – het in het kanaal doen belanden van de fietser – creëert de verdachte als het ware zijn eigen bijzondere zorgplicht jegens het slachtoffer. Dat betekent dat aan de drempelvoorwaarde van art. 287 Sr is voldaan.

Het causaal verband in dit soort kwesties kan behoorlijk gecompliceerd zijn, omdat twee verschillende vragen moeten worden beantwoord. In de eerste plaats moet vastgesteld worden dat het slachtoffer niet reeds overleden is voordat handelend optreden plaats zou kunnen vinden. Alleen indien deze vraag positief beantwoord wordt, komt men toe aan de tweede vraag: is het redelijk het nalaten als oorzaak van de dood aan te merken?

De vraag of het slachtoffer reeds prematuur is komen te overlijden, vertoont verwantschap met de vraagstelling die centraal stond in de Groninger hiv-zaak.<sup>625</sup> In deze zaak ging het om de vraag of de aangevers reeds vóór de gewraakte handeling – het injecteren met hiv-besmet bloed – geïnfecteerd waren geraakt. Het betreft een vraag ten aanzien van de werkelijkheid, waarover in theorie duidelijkheid zou kunnen worden verkregen. Er valt daarom wat voor te zeggen om de onzekerheid binnen het bewijsrecht te lokaliseren.<sup>626</sup> Het moet buiten redelijke twijfel staan (in dubio pro reo-beginsel) dat de verdachte – en niet iemand anders – de besmetting heeft veroorzaakt.

De overwegingen van de Hoge Raad in de Groninger hiv-zaak passen bij deze benadering. Het belangrijkste criterium dat door de Hoge Raad wordt aangedragen is of “aannemelijk is dat het gevolg met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid door de gedraging van de verdachte is veroorzaakt.” Dit positieve criterium wordt in een latere passage negatief benaderd door de vraag relevant te achten “in hoeverre aannemelijk is geworden dat (...) andere, niet aan de gedraging van de verdachte gerelateerde oorzaken hoogstwaarschijnlijk niet tot dat gevolg hebben geleid.” Het door de Hoge Raad geïntroduceerde criterium stemt overeen met de bewijsrechtelijke standaard die in art. 338 Sv is neergelegd. De rechter moet ervan overtuigd zijn – dat wil zeggen dat hij de kans hoog moet inschatten – dat de verdachte de besmetting heeft veroorzaakt.<sup>627</sup>

<sup>625</sup> HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6362.

<sup>626</sup> Zie paragraaf 6.7.4.

<sup>627</sup> Strikt gezien liggen twee onzekerheidsuitspraken besloten in het criterium van de Hoge Raad. De omstandigheid dat het gevolg met ‘een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid’ door de gedraging van de verdachte is veroorzaakt, moet namelijk ‘aannemelijk’ zijn. Het criterium ‘een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid’ zou bijvoorbeeld geduid kunnen worden als ‘een kans van 90 procent’ en het criterium ‘aannemelijk’ zou bijvoorbeeld geduid kunnen worden als ‘een kans van 60 procent’. Het aannemelijkheids criterium heeft normaal gesproken betrekking op de vraag of

Het arrest van het Hof Arnhem in zaak 6a (Fietser in kanaal) gaat niet in op de vraag of het slachtoffer overleden is voordat handelend optreden plaats zou kunnen vinden. In de bewezenverklaring valt te lezen dat het slachtoffer “met (enig en/of zwaar) lichamelijk letsel en/of buiten bewustzijn [is] achtergelaten (in het naast de rijbaan van die [weg] gelegen kanaal), tengevolge waarvan [slachtoffer] (door verdrinking) is overleden”. Het feit dat het Hof heeft nagelaten de haakjes die de zinsnede ‘door verdrinking’ omsluiten uit te strepen, lijkt erop te wijzen dat het Hof de mogelijkheid openlaat dat het slachtoffer overleden is aan haar verwondingen voordat de verdrinkingsdood kon intreden.<sup>628</sup> Als dat het geval zou zijn, dan is het sterk de vraag of de verdachte vóór het overlijden handelend had kunnen optreden.

In het algemeen lijkt de vraag of de dood prematuur is ingetreden goed beantwoord te kunnen worden op basis van forensisch onderzoek. Het daarbij aan te leggen criterium is of er een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid is dat het slachtoffer niet is overleden voordat de verdachte handelend kon optreden. Rechtbank Alkmaar 24 maart 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BP8978 kan als illustratie dienen. In deze zaak werd een fietser door een bus het kanaal ingereden. De schouwarts constateerde dat het slachtoffer was overleden ten gevolge van schedelhersenletsel. Gezien de ernst van het hoofdletsel werd vrijwel zeker geacht dat het slachtoffer onmiddellijk na het ontstaan van het letsel was overleden.<sup>629</sup>

Als de eerste causaliteitshorde kan worden genomen, dan is het de vraag of het redelijk is het nalaten als oorzaak van de dood aan te merken. In paragraaf 6.7.4 is uiteengezet dat de Hoge Raad de causaliteit van het nalaten beoordeelt aan de hand van een gevaarverhogingscriterium: heeft de verdachte door zijn nalaten het gevaar ten aanzien van de dood van het slachtoffer in zodanige mate verhoogd dat het overlijden redelijkerwijs aan de verdachte kan worden toegerekend? Uit het Millegamarrest werd afgeleid dat de Hoge Raad dit criterium op coulante wijze interpreteert. Ook bij een relatief geringe risicoverhoging kan gesteld worden dat de verdachte het gevaar in

---

iets het geval is geweest. Bijvoorbeeld: het is aannemelijk dat sprake is geweest van psychische overmacht. Het betrekken van het aannemelijkheids criterium op een andere kansinschatting geeft curieuze resultaten. Ik houd het er daarom voor dat de Hoge Raad dit niet heeft beoogd uit te drukken, zodat de vraag simpelweg is of het gevolg met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid door de gedraging van de verdachte is veroorzaakt.

<sup>628</sup> Daarbij komt dat de bewezenverklaring de mogelijkheid openlaat dat onmiddellijk sprake is geweest van zwaar lichamelijk letsel. Des te zwaarder het letsel is, des te groter is de kans dat de dood prematuur intreedt.

<sup>629</sup> Zie ook de in paragraaf 6.3 besproken zaak 2b (Laadbak). Rechtbank Den Bosch 6 juni 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AT7532 veroordeelde de verdachte wegens doodslag op een zich in zijn laadbak bevindend slachtoffer. Hof Den Bosch 14 februari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:AZ8343 sprak de verdachte echter vrij van doodslag, omdat onvoldoende zekerheid bestond dat het slachtoffer op het moment van de botsing nog in leven was.

zodanige mate heeft verhoogd dat de dood redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend.

Bij het bepalen van de kans op de dood in het nalaatscenario dient ingeschat te worden hoe waarschijnlijk het is dat het slachtoffer dit ongeval had overleefd zonder ingrijpen van de verdachte.<sup>630</sup> Daarbij is onder meer van belang hoe groot de kans is dat het slachtoffer door iemand anders gered zou zijn. Bij het inschatten van de kans op de dood in het handelscenario gaat het om de vraag hoe waarschijnlijk het is dat het slachtoffer dit ongeval had overleefd door adequaat ingrijpen van de verdachte. Daarbij dient acht te worden geslagen op de zwaarte van de verwondingen, de reddingszwemcapaciteiten van de dronken verdachte en de vraag hoe snel de verdachte de hulp van voorbijgangers of hulpdiensten had kunnen inschakelen.

Als – net als in het Millecamarrest – “niet valt uit te sluiten” dat adequaat handelend optreden van de verdachte “meer effect zou hebben gehad” dan nalaten, dan lijkt voldaan te zijn aan de coulante interpretatie van het gevaarverhogingscriterium. Het arrest van het Hof Arnhem geeft te weinig informatie om de vraag in hoeverre het gevaar is verhoogd adequaat te kunnen beantwoorden. In zijn algemeenheid kan gesteld worden dat vrij eenvoudig aan het coulante criterium zal zijn voldaan.

Indien de bijzondere zorgplicht en de causaliteit kunnen worden aangenomen, resteert alleen de vraag naar het opzet nog. Opzet bij nalaten levert geen bijzondere dogmatische problemen op. Bewezen moet worden dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het slachtoffer de dood zou vinden als gevolg van zijn omissie. Het Hof komt aan de hand van de volgende drie stappen tot het oordeel dat opzet kan worden bewezen:

1. Het Hof leidt uit de omvang van de klap af dat de verdachte zich bewust is geweest van een ernstige aanrijding waarbij een mens het slachtoffer was geworden.
2. Het Hof neemt op basis van zijn verklaring ter zitting aan dat de verdachte over de kennis beschikt dat uit deze aanrijding ernstig letsel kon voortvloeien voor de bij de aanrijding betrokken personen.
3. Het Hof leidt de bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans op de dood vervolgens af uit het doorrijden zonder hulp te (laten) verlenen ondanks de onder punt 2 genoemde kennis en de onder punt 1 genoemde wetenschap.

Het is de vraag of de onder punt 2 genoemde kennis een rol zou mogen spelen bij het aannemen van voorwaardelijk opzet. Kennis over het verband tussen het type aanrijding dat de verdachte heeft gehad en ernstig letsel mag

---

<sup>630</sup> Aangezien overlijden en overleven elkaar uitsluitende mogelijkheden betreffen, kan de kans op de dood vastgesteld worden door de kans op overleven te taxeren.

bij iedereen worden verondersteld. Indien de verdachte ter zitting wordt gevraagd of hij over dergelijke kennis beschikt, zal hij daarop moeilijk een ontkennend antwoord kunnen geven. In paragraaf 5.2.4.3 heb ik betoogd dat voor strafrechtelijke aansprakelijkheid voor doleuze delicten in elk geval expliciete wetenschap nodig is ten aanzien van de kernbestanddelen van een delict. In deze benadering is voor doodslag vereist dat de verdachte zich expliciet bewust is geweest van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander. Het gaat bij expliciete wetenschap om wetenschap die op de voorgrond van de geest aanwezig is. Het Hof leidt voorwaardelijk opzet mede af uit de onder punt 2 genoemde kennis. Het lijkt daarbij te gaan om zogenaamde latente wetenschap.<sup>631</sup> Latente wetenschap is een soort achtergrondkennis over risico's in het algemeen en heeft geen betrekking op de situatie in concreto. Het feit dat het Hof voorwaardelijk opzet mede afleidt uit een vorm van onbewuste wetenschap zou erop kunnen wijzen dat de bewuste aanvaarding in de zin van voorwaardelijk opzet in de ogen van het Hof eveneens op onbewust niveau gelokaliseerd moet worden.

De bewijsoverwegingen van het Hof kunnen echter ook anders opgevat worden. De kennis over de gevolgen die plegen op te treden na ernstige aanrijdingen maakt aannemelijk dat de veronderstelde expliciete wetenschap van de aanrijding geleid zal hebben tot de expliciete wetenschap dat mogelijk een mens gewond was geraakt. Vervolgens moet nog steeds de stap gezet worden naar het voorwaardelijk opzet op de dood. De overwegingen van het Hof geven geen inzicht in zijn gedachtegang. Voor het vaststellen van voorwaardelijk opzet lijkt op zijn minst nodig dat de verdachte zich heeft gerealiseerd dat zijn nalaten gepaard ging met de aanmerkelijke kans op de dood van het slachtoffer. Om die vraag te kunnen beantwoorden, zijn de volgende twee kwesties van belang.

In de eerste plaats dient de verdachte zich gerealiseerd te hebben dat het slachtoffer in levensgevaar was. Aan die voorwaarde is niet voldaan als de verdachte heeft gedacht dat het slachtoffer zeer waarschijnlijk al was overleden als gevolg van de botsing. Daarnaast is niet aan deze voorwaarde voldaan als de verdachte heeft gedacht dat het slachtoffer zeer waarschijnlijk niet in levensgevaar verkeerde. In beide gevallen bestaat in de ogen van de verdachte geen noodzaak om handelend op te treden.

Als de verdachte zich bewust is geweest van levensgevaar, dan is in de tweede plaats van belang of hij zich gerealiseerd heeft dat nalaten een aanmerkelijke kans op de dood oplevert in vergelijking met handelend optreden door hem. Deze vraag vertoont verwantschap met de vergelijking die bij de causaliteit gemaakt werd tussen het nalaatscenario en het handelsscenario, met dien verstande dat hier de inschatting van de verdachte centraal staat. De volgende twee factoren kunnen daarbij een rol spelen:

---

<sup>631</sup> Zie paragraaf 5.2.4.2 over dit begrip.

1. Heeft de verdachte zich gerealiseerd dat hij in een positie verkeerde om levensreddend op te treden? Dat is bijvoorbeeld niet het geval indien de verdachte gedacht heeft dat het slachtoffer toch wel zou komen te overlijden.
2. Heeft de verdachte gedacht dat andere mensen wel in staat zouden zijn reddend op te treden? Als dat het geval is, dan heeft het nalaten van de verdachte de kans op de dood in zijn beleving niet of nauwelijks verhoogd.

Het Hof besteedt geen aandacht aan factoren als de bovengenoemde, die de stap van de bewustheid van een aanrijding naar opzet op de dood door middel van nalaten op losse schroeven zouden kunnen zetten. Uit het arrest blijkt ook niet dat de verdachte een daartoe strekkend verweer heeft gevoerd. In het vonnis van de rechtbank valt te lezen dat de verdachte beweerde gedacht te hebben dat hij een grote vogel had geraakt.<sup>632</sup> De overwegingen van het Hof lijken primair te zijn toegespitst op de verwerping van dit verweer. Het Hof neemt aan dat de verdachte zich bewust is geweest van een ernstige aanrijding waarbij een mens het slachtoffer was geworden. Het opzet op het veroorzaken van de dood van een ander wordt vervolgens rechtstreeks afgeleid uit deze bewustheid.

#### 6.7.5.3 Doorrijden na een ongeval en doodslag

Het verwijt dat aan de verdachte in zaak 6a (Fietser in kanaal) wordt gemaakt – het na een ongeval iemand in hulpeloze toestand achterlaten – kan ook onder de delictsomschrijving van art. 7 WvW worden gebracht. Art. 7 WvW bevat een tweetal verboden voor de betrokkene bij of de veroorzaker van een verkeersongeval.<sup>633</sup> In de eerste plaats is het verboden de plaats van een verkeersongeval te verlaten indien bij dit ongeval aan een ander (dodelijk) letsel of schade is toegebracht, tenzij behoorlijk de gelegenheid is geboden tot identiteitsvaststelling (art. 7 lid 1 sub a jo. lid 2 WvW). In de tweede plaats is het verboden de plaats van een verkeersongeval te verlaten indien iemand aan wie bij het ongeval letsel is toegebracht in hulpeloze toestand wordt achtergelaten (art. 7 lid 1 sub b WvW). Het Hof komt tot een bewezenverklaring van beide feiten, maar kwalificeert de bewezenverklaring alleen als een overtreding van het eerste verbod. Wellicht heeft het Hof eendaadse samenloop willen aannemen van doodslag en de overtreding van art. 7 lid 1 sub b WvW.<sup>634</sup>

<sup>632</sup> Rechtbank Zwolle 25 juni 2002, ECLI:NL:RBZWO:2002:AE4570. De rechtbank sprak vrij van doodslag en veroordeelde de verdachte voor art. 6 WvW.

<sup>633</sup> Vgl. Van der Hulst 2011, 'Het verlaten van de plaats van een verkeersongeval'.

<sup>634</sup> Tegen deze verklaring pleit dat het Hof art. 55 Sr noch heeft genoemd bij de kwalificatie noch bij de van toepassing zijnde wettelijke voorschriften. Uit HR 19 november 1985, NJ 1986, 443 volgt overigens dat de twee bewezen verklaarde gedragingen die vallen onder art. 7 lid 1 WvW niet een feit opleveren als bedoeld in art. 55 lid 1 Sr.



Het verlaten van de plaats van een ongeval is een zeer frequent voorkomend misdrijf. Zo werden in 2014 bijna 80.000 gevallen door de politie geregistreerd.<sup>635</sup> Tegen deze achtergrond valt te verwachten dat het zich met enige regelmaat zal voordoen dat een slachtoffer van een verkeersongeval in hulpeloze toestand wordt achtergelaten. De gepubliceerde rechtspraak doet vermoeden dat het Openbaar Ministerie het nalaten hulp te verlenen aan het slachtoffer van een door de verdachte veroorzaakt ongeval niet in een tenlastelegging van (poging tot) doodslag dan wel (poging tot) zware mishandeling pleegt op te nemen.<sup>636</sup> In dit hoofdstuk is naar voren gekomen dat sommige feitenrechters niet ongenegen zijn opzet op de dood aan te nemen indien die vraag ter beoordeling voorligt. Als het Openbaar Ministerie het in hulpeloze toestand achterlaten vaker in een tenlastelegging ten aanzien van art. 287 Sr opnam, dan zou de uitspraak van het Hof Arnhem wellicht vaker navolging vinden.

In een zaak waarin nalaten bij wijze van uitzondering wel in de tenlastelegging was opgenomen, werd doodslagopzet echter niet bewezen geacht.<sup>637</sup> De dronken verdachte had een scooter met zijn auto aangereden, waardoor twee personen in het water belandden. In de tenlastelegging van poging tot doodslag werd opzet zowel gerelateerd aan de dronkenschap als aan de omstandigheid dat de verdachte zonder hulp te verlenen dan wel in te roepen was doorgereden. Cumulatief was ten laste gelegd dat de verdachte de slachtoffers – tot wier onderhoud, verpleging of verzorging hij krachtens wet of overeenkomst verplicht was – in hulpeloze toestand had achtergelaten, hetgeen zwaar lichamelijk letsel tot gevolg had gehad (art. 255 jo. 257 lid 1 Sr). De rechtbank wijdde de volgende overweging aan de verhouding tussen opzet en nalaten:

“De opvatting van de officier van justitie dat het doorrijden, nadat het ongeval had plaatsgehad, een factor is die als omstandigheid moet worden meegewogen bij de vraag of het handelen van verdachte gericht was op het dodelijk gevolg is naar het oordeel van de rechtbank onjuist. Uit de eis dat verdachte zich willens en wetens moet hebben blootgesteld aan een bepaald gevolg ligt immers besloten dat die bewustheid ziet op factoren en omstandigheden die – in dit geval – hebben geleid tot het ongeval. Daarvan is ten aanzien van het doorrijden na het ongeval geen sprake.”<sup>638</sup>

De overweging van de rechtbank lijkt te zien op de vraag of de verdachte vóór het ongeval beschikte over opzet. Voor de beantwoording van die vraag zijn na het ongeval gelokaliseerde factoren inderdaad niet rechtstreeks van be-

---

<sup>635</sup> Zie Kessels & Verkleij 2015, ‘Misdrijven en opsporing’, p. 23.

<sup>636</sup> Zie bijv. HR 11 mei 1982, NJ 1982, 592; rechtbank Den Bosch 10 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP7288; rechtbank Oost-Brabant 29 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7573; en rechtbank Zeeland-West-Brabant 16 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1490.

<sup>637</sup> Rechtbank Dordrecht 19 april 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ1732.

<sup>638</sup> Rechtbank Dordrecht 19 april 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ1732.

lang.<sup>639</sup> Dat laat onverlet dat een na het ongeval gelokaliseerde geestesgesteldheid wel degelijk zelfstandige betekenis zou kunnen hebben in verband met de ten laste gelegde poging tot doodslag. Er is geen reden waarom een nalaten dat gepaard gaat met opzet op de dood niet tot het aannemen van een poging zou kunnen leiden.

De rechtbank sprak vrij van poging tot doodslag en veroordeelde de verdachte voor het subsidiair ten laste gelegde art. 6 WVV. De rechtbank sprak ook vrij van het cumulatief ten laste gelegde art. 255 Sr. De rechtbank overwoog dat er in dit geval geen sprake was van een uit de wet of een overeenkomst voortvloeiende zorgverplichting ten aanzien van de hulpbehoevende, zoals wordt vereist in art. 255 Sr. Het Openbaar Ministerie had nagelaten art. 7 lid 1 sub b WVV in de tenlastelegging op te nemen. Het na het ongeval gelokaliseerde nalaten van de verdachte heeft zich in deze zaak dus niet vertaald in een strafrechtelijke veroordeling.

#### 6.7.5.4 *Andere manifestaties van nalaten in de verkeerscontext*

Het in hulpeloze toestand achterlaten van het slachtoffer is niet de enige manifestatie van nalaten in de context van (poging tot) doodslag in het verkeer. Het doet zich soms voor dat het slachtoffer – al dan niet na een aanrijding – meegesleurd wordt met de door de verdachte bestuurde auto. In de in paragraaf 6.8 te bespreken zaak 7a (Slepen) kwam een fietser na een aanrijding vast te zitten onder de door de verdachte bestuurde auto. Het slachtoffer werd vervolgens ongeveer 600 meter onder de auto meegesleept.<sup>640</sup> Het nalaten de auto tot stilstand te brengen en het slachtoffer te helpen of te ontzetten speelde een belangrijke rol in de veroordeling wegens (medeplegen) van poging tot doodslag. In een hiermee vergelijkbare zaak werd het slachtoffer ongeveer 140 meter onder de auto van de verdachte meegesleept.<sup>641</sup> De bestuurder in deze zaak werd veroordeeld wegens doodslag.

In HR 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1591 had de verdachte een politieagent aangereden, die vervolgens op de motorkap van de auto terecht kwam. De verdachte werd veroordeeld wegens poging tot zware mishandeling. Hem werd tegengeworpen dat hij was blijven doorrijden. HR 8 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT1857 laat zich hiermee vergelijken, zij het dat de verdachte werd veroordeeld wegens doodslag.<sup>642</sup> Het Hof verweet de ver-

<sup>639</sup> Er zou hoogstens een bewijsrechtelijke betekenis aan kunnen worden toegekend: de vóór het ongeval gelokaliseerde houding wordt dan mede afgeleid uit de na het ongeval gelokaliseerde houding.

<sup>640</sup> Rechtbank Groningen 9 oktober 2001, ECLI:NL:RBGRO:2001:AD4330 en Hof Leeuwarden 18 april 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE1679.

<sup>641</sup> Rechtbank Almelo 1 augustus 2006, ECLI:NL:RBALM:2006:AY6284 en Hof Arnhem 4 mei 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA4287.

<sup>642</sup> De Hoge Raad deed de zaak af via art. 81 RO. Zie voor de uitspraak van de rechtbank en het Hof: rechtbank Amsterdam 24 juni 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ2368 en Hof Amsterdam 31 augustus 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN5606.

dachte dat hij met zijn auto – hoewel dat wel had gekund – niet gestopt is toen hij een verkeersregelaar van IKEA voor zich op de rijbaan zag staan. Hij is met een snelheid van ongeveer 8 kilometer per uur in diens richting doorgereden. Toen het slachtoffer op de motorkap terecht was gekomen, heeft de verdachte zelfs de snelheid verhoogd tot ongeveer 22 kilometer per uur. Vervolgens heeft hij abrupt geremd.

In HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3629 reed de verdachte door hoewel een politieagent, in de woorden van de verdachte, “aan haar raam hing”.<sup>643</sup> Zij gaf geen gevolg aan de aanmaningen van de politieagent de auto tot stilstand te brengen. De verdachte verklaarde tegenover de politie gedacht te hebben: “Wat moet ik hiermee, gewoon doorgassen, hij laat vanzelf wel los”. De verdachte werd veroordeeld wegens poging tot doodslag. In een hiermee vergelijkbare zaak was de rechtbank tot een veroordeling wegens poging tot zware mishandeling gekomen.<sup>644</sup> Het Hof sprak in die zaak echter vrij van poging tot doodslag en poging tot zware mishandeling. Het Hof verweet het Openbaar Ministerie nagelaten te hebben art. 5, 8 en 9 WVV en art. 184 Sr ten laste te leggen. Dit had tot gevolg dat de verdachte in het geheel niet kon worden veroordeeld en dat de benadeelde partij niet in haar vordering kon worden ontvangen.

Het verdient opmerking dat het aannemen van *actus reus* en opzet in de in de bovenstaande twee alinea’s besproken zaken niet alleen in verband wordt gebracht met een omissie. Het nalaten wordt in deze gevallen betrokken op een actieve gedraging die reeds in gang was gezet vóór het incident in kwestie plaatsvond. Het verwijt dat aan de bestuurders gemaakt wordt, is dat ze hun gedrag hebben gecontinueerd. Zij hebben nagelaten de auto tot stilstand te brengen op een moment dat zij het nog in hun macht hadden (ernstig) letsel te voorkomen.

In de in paragraaf 6.8 te bespreken zaak 7a (Slepen) en zaak 7b (Spekstenen) is ook een prominente rol weggelegd voor de omissie. In deze zaken speelt de omissie een rol in verband met het aannemen van deelneming. De passagier in zaak 7a (Slepen) werd verweten dat hij had nagelaten het slachtoffer, dat onder de auto werd meegesleept, te helpen of te ontzetten.<sup>645</sup> De bestuurder in zaak 7b (Spekstenen) werd verweten dat hij had nagelaten de auto tot stilstand te brengen toen de passagiers stenen aan het gooien waren naar een motoragent die de achtervolging had ingezet.<sup>646</sup> In paragraaf 6.8.3.2 sta ik uitgebreid stil bij de vraag welke rol het zich niet distantiëren speelt in de context van deelneming.

---

<sup>643</sup> De Hoge Raad deed de zaak af via art. 80a RO. Zie voor de uitspraak van de rechtbank en het Hof: rechtbank Den Haag 4 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4212 en Hof Den Haag 26 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW1039.

<sup>644</sup> Het vonnis van rechtbank Almelo is niet gepubliceerd. Zie voor de uitspraak van het Hof: Hof Arnhem 20 april 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW6208.

<sup>645</sup> Rechtbank Groningen 9 oktober 2001, ECLI:NL:RBGRO:2001:AD4329 en Hof Leeuwarden 18 april 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE1678.

<sup>646</sup> Rechtbank Utrecht 2 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM2388 en HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:779.

### 6.7.5.5 *De bewijsrechtelijke rol van nalaten*

In de in de voorgaande paragrafen besproken gevallen speelt het nalaten van de verdachte een materieelrechtelijke rol. De omissie maakt deel uit van de actus reus en het opzet van de verdachte wordt (mede) op de omissie betrokken. In sommige zaken speelt het nalaten van de verdachte echter uitsluitend een bewijsrechtelijke rol. De omissie na een ongeval wordt (mede) als bewijs gebruikt van het vóór het ongeval gelokaliseerde opzet. De in paragraaf 6.6 besproken zaak 5d (Coureur) kan als voorbeeld dienen.<sup>647</sup> In deze zaak had de dronken verdachte met een auto twee voetgangers op een in de bebouwde kom gelegen oversteekplaats aangereden. Het Hof wijdt de volgende overweging aan het bewijs van opzet:

“Uit het voorgaande (...) leidt het hof af dat het verdachte kennelijk om het even is geweest of hij op de bewuste avond van 24 november 2006 rijdend in een auto op de Hekellaan te 's Hertogenbosch zwakke verkeersdeelnemers zoals voetgangers zou aanrijden. Een dergelijk gevolg heeft verdachte kennelijk op de koop toe genomen. Het hof is dan ook van oordeel dat verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans dat hij door zijn hierboven omschreven verkeersgedrag de dood van andere verkeersdeelnemers zoals voetgangers zou veroorzaken, heeft aanvaard. Bevestiging daarvan kan ook worden gevonden in de omstandigheid (...) dat verdachte de plaats van het ongeval heeft verlaten, terwijl hij een klap had gehoord en vervolgens de voorruit van de auto naar binnen heeft zien komen en wist ‘iets’ te hebben geraakt, en niets heeft ondernomen teneinde te bewerkstelligen dat aan eventuele slachtoffers hulp zou worden geboden.”

Uit de bovenstaande overweging blijkt dat het Hof het opzet van de verdachte zowel afleidt uit de actieve gedragingen vóór het ongeval als uit de omissie hulp te verlenen na het ongeval. Deze wijze van redeneren is in bepaalde gevallen door andere feitenrechtters overgenomen.<sup>648</sup> In deze benadering bevestigt het na het ongeval tentoongespreide gedrag dat de verdachte reeds vóór het ongeval over de voor opzet vereiste geestesgesteldheid beschikte.

Rechtbank Amsterdam 22 september 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BT 2353 toonde zich echter niet gevoelig voor het betoog van de officier van justitie dat het nalaten hulp te verlenen na een aanrijding met een fietser indicatief was voor het opzet van de verdachte, in die zin dat de verdachte een aanrijding voor lief had willen nemen. De rechtbank sprak vrij van doodslag en kwam tot een bewezenverklaring van roekeloosheid. In de strafmoti-

<sup>647</sup> HR 17 maart 2009, NJ 2009, 158, ECLI:NL:HR:2009:BH6219.

<sup>648</sup> Zie bijv. rechtbank Breda 16 augustus 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BR5052 en Hof Den Bosch 28 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV0119. In HR 9 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ6523 werd de laatste zaak afgedaan via art. 80a RO.

vering bestempelde de rechtbank de keuze om door te rijden als “onmenselijk en laaghartig”.

## **6.8 Deelneming**

### **6.8.1 Inleiding**

Deze paragraaf is gewijd aan deelnemingsconstructies in verband met (poging tot) doodslag in het verkeer. In paragraaf 6.8.2 worden drie voorbeeldzaken besproken waarin medeplegen wordt aangenomen. Deze zaken zal ik vervolgens aan een analyse onderwerpen in paragraaf 6.8.3. Een belangrijk deel van die paragraaf staat in het teken van de vraag in hoeverre het zich niet distantiëren een rol kan spelen bij het bewijs van medeplegen. Ik zal betogen dat de wezenlijkheid van de bijdrage in verband met het zich niet distantiëren voor een belangrijk deel kan worden gerealiseerd door subjectieve aspecten.

### **6.8.2 Rechtspraak**

#### **Zaak 7a**

Hof Leeuwarden 18 april 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE1678  
Slepen<sup>649</sup>

Een door de medeverdachte bestuurde auto kwam in botsing met een fietser. De fietser kwam vast te zitten onder de auto en werd vervolgens ongeveer 600 meter meegesleept. Het slachtoffer hield daar ernstige verwondingen aan over: de rechterkant van zijn gezicht is onherstelbaar verminkt en hem is een kunstoor aangemeten. Het Hof veroordeelt de passagier wegens medeplegen van poging tot doodslag. Het Hof komt daarbij tot de volgende bewezenverklaring:

“Het hof acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte (...) tezamen en in vereniging met een ander, nadat hij en zijn mededader, rijdend in een auto waren aangereden tegen of in botsing waren gekomen met een persoon genaamd [slachtoffer] en die [slachtoffer] tengevolge van die aanrijding of botsing aan/onder die auto vast is komen te zitten, ter uitvoering van het door verdachte en zijn mededader voorgenomen misdrijf om opzettelijk die [slachtoffer] van het leven te beroven, met voormeld opzet, terwijl die [slachtoffer] aan/onder die auto vastzat, (kort) na die aanrijding of botsing

---

<sup>649</sup> Zie voor de uitspraak van de rechtbank: rechtbank Groningen 9 oktober 2001, ECLI:NL:RBGRO:2001:AD4329. Zie voor de uitspraken ten aanzien van de medeverdachte (bestuurder): rechtbank Groningen 9 oktober 2001, ECLI:NL:RBGRO:2001:AD4330 en Hof Leeuwarden 18 april 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE1679.

heeft besloten om door te rijden en gas heeft gegeven en (met hoge snelheid) is doorgereden (waarbij de inzittende van die auto de bestuurder aanwijzingen heeft gegeven omtrent de te volgen rij-route en rij-wijze) en op die manier die [slachtoffer] (ongeveer) 600 meter heeft meegesleept, en heeft nagelaten om die auto tot stilstand te brengen en de in een situatie die direkt ernstig fysiek letsel en gevaar opleverde, verkerende [slachtoffer] te helpen en te ontzetten, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid.”

Het arrest van het Hof bevat geen bewijsmotivering met betrekking tot dit feit. In de strafmotivering vestigt het Hof de aandacht op het feit dat de verdachte aanwijzingen heeft gegeven aan de bestuurder en dat hij heeft nagelaten het slachtoffer te hulp te schieten:

“Verdachte heeft samen met zijn mededader, terwijl [slachtoffer] voornoemd tengevolge van een aanrijding of botsing onder de auto waarin verdachte zat is komen vast te zitten, welbewust besloten om door te rijden. Daarbij heeft hij zijn eigen belang laten prevaleren boven het belang van voornoemde [slachtoffer]. Verdachte heeft vervolgens de bestuurder van de auto aanwijzingen gegeven omtrent de te volgen route en wijze van rijden. Verdachte heeft nagelaten [slachtoffer], die in een situatie verkeerde die direkt ernstig fysiek letsel en gevaar opleverde, te helpen of te ontzetten. Dientengevolge is [slachtoffer] terwijl hij onder de auto vastzat over een afstand van ongeveer 600 meter meegesleept.”

### **Zaak 7b**

Rechtbank Utrecht 2 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM2388

Spekstenen<sup>650</sup>

De verdachte had een Fiat Uno gestolen. Op een zeker moment zag een agent de Fiat rijden. De auto, waarin zich een aantal personen bevonden, had een kapotte koplamp. Vervolgens reed de agent achter de auto aan om een stop-teken te geven. Na het geven van het stop-teken werd de snelheid van de auto verhoogd en de agent zette de achtervolging in. Terwijl de agent met een snelheid van ongeveer 100 kilometer per uur dicht achter de auto reed, werden er spekstenen uit de auto gegooid in de richting van de agent. De agent bleef ongedeerd. De rechtbank veroordeelt de bestuurder van de auto wegens medeplegen van poging tot doodslag. De bestuurder wordt tegengeworpen dat hij zich niet heeft gedistantieerd van het stenen gooien. De rechtbank wijdt daaraan de volgende overweging:

---

<sup>650</sup> Zie voor de uitspraak van de Hoge Raad: HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:779.

“Voorts is de rechtbank van oordeel dat het gooien van de stenen naar [verbalisant] gekwalificeerd kan worden als een poging tot doodslag. De inzittenden van de auto gooiden de stenen uit het raam van de auto met de bedoeling om [verbalisant] ten val te laten komen. Gelet op de snelheid waarmee [verbalisant] tijdens de achtervolging heeft gereden, hebben de inzittenden door het gooien van de stenen zich blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat [verbalisant] ten val zou komen en als gevolg van die val zou komen te overlijden dan wel door die stenen getroffen kon worden. Nu vaststaat dat verdachte de bestuurder van de auto was is – los van de vraag of verdachte zelf ook stenen heeft gegooid – naar het oordeel van de rechtbank sprake geweest van een nauwe en bewuste samenwerking tussen verdachte en de overige inzittenden die de stenen hebben gegooid. Verdachte was immers de bestuurder van de auto en uit zijn verklaring volgt dat hij wist dat andere inzittenden stenen uit die auto gooiden. Als bestuurder bepaalde verdachte de snelheid van de auto en daarmee de snelheid van de achtervolgende [verbalisant]. De hoge snelheid was bepalend voor de aanmerkelijke kans dat een val dodelijk zou kunnen zijn. Daarnaast heeft verdachte zich niet gedistantieerd van het stenen gooien. Als bestuurder van de auto had hij zich kunnen distantiëren door de auto te stoppen en daarmee de achtervolging te beëindigen. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat verdachte samen met anderen een poging tot doodslag heeft gepleegd door stenen uit een rijdende auto richting [verbalisant] te gooien.”

In hoger beroep kwam het Hof ten aanzien van dit incident alleen tot een veroordeling wegens het subsidiair ten laste gelegde medeplegen van poging tot zware mishandeling. De Hoge Raad doet de drie cassatiemiddelen die klagen over het bewijs van medeplegen en het daarvoor vereiste opzet alle af op basis van art. 81 RO. Het verdient in dat verband opmerking dat in het tweede cassatiemiddel expliciet werd geklaagd over de wijze waarop het Hof acht had geslagen op het zich niet distantiëren.

### **Zaak 7c**

HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3242

Bedreigende achtervolging<sup>651</sup>

De dronken verdachte bestuurde een Opel en er vond een verkeersincident plaats met een Honda. De verdachte dwong de bestuurder van de Honda tot stoppen en sommeerde de bestuurder achter hem aan te rijden naar een woonwagenkamp. Daarop liet de verdachte zijn vrouw de auto besturen. Uiteindelijk ontstond er een wilde achtervolging die erin resulteerde dat drie

---

<sup>651</sup> Zie voor de uitspraak van de rechtbank en het Hof: rechtbank Maastricht 1 juli 2002, ECLI:NL:RBMAA:2002:AE4779 en Hof Den Bosch 17 februari 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AF4590. Zie voor de uitspraak ten aanzien van de medeverdachte (bestuurder): rechtbank Maastricht 4 september 2002, ECLI:NL:RBMAA:2002:AE7235.

inzittenden van de door de Opel achtervolgde Honda kwamen te overlijden, terwijl één inzittende zwaar letsel opliep. Het Hof veroordeelt de verdachte (de naast de bestuurder gezeten bijrijder) wegens medeplegen van doodslag (meermalen gepleegd) en medeplegen van poging tot doodslag. Het Hof wijdt de volgende overwegingen aan het opzet:

“Ten aanzien van het (...) opzet overweegt het hof dat uit de gebezigde bewijsmiddelen blijkt dat:

- verdachte (...) na het gebruik van een aanzienlijke hoeveelheid alcohol als bestuurder van zijn auto, een Opel Omega, is gaan rijden;
- dat verdachte, na een vermeende aanrijding of botsing – met de achterzijde van de voor hem rijdende Honda dan wel van zijn auto met de stoeprand – en daarbij door hem veronderstelde schade aan zijn auto, de Honda tot stoppen heeft gedwongen, het portier aan de bestuurderszijde van de Honda heeft geopend en direct naar de bestuurder van de Honda is gaan slaan;
- dat verdachte de bestuurder van de Honda sommeerde achter hem aan te rijden naar het woonwagenkamp (...) om de schade te regelen;
- dat verdachte vanaf dat moment zijn vrouw, [medeverdachte], de Opel verder heeft laten besturen;
- dat verdachte, toen de Honda bij een linksafslaan de Opel niet volgde maar vol gas rechtdoor ging, [medeverdachte] heeft aangespoord achter de Honda aan te gaan om deze in te gaan halen en tot stoppen te dwingen;
- dat verdachte [medeverdachte] tot een wilde achtervolging van de Honda heeft aangezet waarbij met hoge snelheden werd gereden;
- dat de Opel met groot licht veelvuldig vlak achter de Honda heeft gereden (gekleefd) en de Opel de Honda enkele malen heeft geraakt, ook direct voorafgaande aan de fatale botsing van de Honda tegen een boom;
- dat verdachte bij die achtervolging enkele malen aan het stuur heeft getrokken en/of geduwd om de koers van de Opel te wijzigen;
- dat [medeverdachte] aan de aansporingen van verdachte gehoor heeft gegeven, omdat zij dit doorgaans pleegde te doen in het besef dat, als zij dat niet deed, verdachte erg agressief kon worden.

Het behoeft geen betoog dat het verkeersgedrag van de Opel zoals dat door verdachte is bewerkstelligd levensgevaarlijk was en de aanmerkelijke kans met zich bracht op een dodelijk ongeval voor de (inzittenden van de) Honda. Dit klemmt temeer nu, naar ook de verdachte duidelijk moet zijn geweest, die inzittenden bang waren voor verdachte en voor hem wegvluhtten en aldus hun handelen niet in volle vrijheid konden bepalen. Ter terechtzittingen in eerste aanleg en in hoger beroep heeft verdachte er blijk van gegeven de gevaren van kleven en opjagen te beseffen. Het hof acht het niet geloofwaardig dat verdachte ten tijde van de achtervolging niet zou hebben beseft dat de Honda van hem wegvluhtte en hij (de levens van) de inzittenden van die Honda in gevaar bracht door de door hem geïnitieerde en door [medeverdachte] uitgevoerde achtervolging. Verdachte had immers ook de tegenwoor-



digheid van geest om na de vermeende aanrijding zijn vrouw verder te laten rijden omdat hij zelf te veel had gedronken en hij, voor het geval de politie er onverhoopt bij zou komen, niet achter het stuur aangetroffen wilde worden. Tevens had hij de tegenwoordigheid van geest om enkele malen in te grijpen in het sturen van de auto door [medeverdachte]. Verdachte wist dus nog goed wat hij deed. Voor zover zijn inschatting van de risico's ten negatieve is beïnvloed door zijn overmatig drankgebruik geldt voorts dat verdachte zelf verantwoordelijk is voor de – hem bekende – gevolgen daarvan.

Het hof acht op grond van het hiervoor overwogene bewezen dat verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat door zijn vorenomschreven handelwijze de inzittenden van de Honda dodelijk zouden verongelukken. Verdachte heeft dat risico op de koop toe genomen in zijn wens om koste wat kost de Honda in te halen en tot stoppen te dwingen. Het hof acht derhalve het (voorwaardelijk) opzet van de verdachte op de dood van de inzittenden van de Honda bewezen.

De raadsman van de verdachte heeft ter onderbouwing van zijn betoog dat de verdachte dit (voorwaardelijk) opzet niet heeft gehad aangevoerd dat de verdachte een aantal malen in de besturing van [medeverdachte] heeft ingegrepen om een aanrijding – onder meer met een tegenligger – te voorkomen. De raadsman stelt dat daaruit blijkt dat verdachte zelf niet het risico van een aanrijding met dodelijke gevolgen heeft willen nemen en dat het daarom onwaarschijnlijk is dat verdachte zich terzake de door hem jegens de Honda verweten rijwijze van een aanmerkelijke kans op een ongeval met dodelijke afloop bewust is geweest, nu immers de risico's voor de inzittenden van de Opel niet anders waren dan voor de inzittenden van de Honda.

Het hof deelt, zoals uit het hiervoor overwogene duidelijk moge zijn, dit standpunt van de verdediging niet. Nog daargelaten de vraag of de risico's voor verdachte en [medeverdachte] even aanmerkelijk waren als voor de inzittenden van de opgejaagde Honda, betekent het feit dat verdachte bepaalde risico's – zoals het risico van een frontale aanrijding met een tegenligger – niet heeft willen nemen, nog niet dat hij andere risico's niet bewust op de koop toe heeft genomen in zijn poging om koste wat kost de Honda tot stoppen te dwingen."

In cassatie wordt erover geklaagd dat voorwaardelijk opzet niet uit de bewijsmiddelen zou kunnen volgen.<sup>652</sup> De steller van het middel ageert tegen het feit dat het Hof bij het bewijs van opzet heeft laten meewegen dat de verdachte tijdens de achtervolging enkele malen aan het stuur heeft getrokken om de koers van de Opel te wijzigen. Nu evenwel uit de bewijsmiddelen niet zou volgen tot welke rijrichting het aan het stuur trekken van de verdachte heeft geleid, zou onduidelijk zijn of dit gedrag gevaarzettend of juist gevaarverminderend was. Indien het gedrag gevaarverminderend was, zou niet kunnen worden gesproken van voorwaardelijk opzet bij de verdachte. De

---

<sup>652</sup> Zie conclusie Advocaat-Generaal Jörg bij HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:A03242.

Hoge Raad doet het middel – conform het advies van Advocaat-Generaal Jörg – af op basis van art. 81 RO.

### 6.8.3 Analyse

#### 6.8.3.1 Inleiding

In alle in de vorige paragraaf besproken voorbeeldzaken is de feitenrechter tot een bewezenverklaring van medeplegen in verband met art. 287 Sr gekomen. Het zijn stuk voor stuk complexe zaken, waarin de grenzen van het leerstuk van medeplegen worden opgezocht. Daarmee is niet gezegd dat deelnemingszaken in de verkeerscontext per definitie complex zijn. Als buiten discussie staat dat er sprake is geweest van een nauwe en bewuste samenwerking, dan komt het vooral aan op het bewijs van opzet op het gevolg. In dat geval zijn andere categorieën die in dit hoofdstuk zijn besproken, zoals de doelbewuste geweldshandeling en de ongelijkheid van risico's, van meer belang. Om de gedachten te bepalen, schets ik hieronder een tweetal zaken waarin de actus reus van medeplegen geen probleem oplevert. De rest van de paragraaf zal vervolgens vooral in het teken staan van een aantal complexe deelnemingsthema's.

In de eerste zaak hadden de bestuurders van een Ford en een BMW het gemunt op de inzittenden van een Volkswagen.<sup>653</sup> De Ford reed heel dicht achter de Volkswagen en voerde daarbij groot licht. De BMW reed voor de Volkswagen en remde voortdurend. Toen de Volkswagen de BMW probeerde in te halen, sneed de BMW de weg af. Hierdoor moest de Volkswagen uitwijken en botste de auto tegen een boom aan. De rechtbank sprak de bestuurder van de achtervolgende Ford vrij van het medeplegen van poging tot moord en doodslag op de drie inzittenden van de Volkswagen. De bestuurder werd echter wel veroordeeld wegens medeplegen van poging tot zware mishandeling met voorbedachte raad, meermalen gepleegd. De rechtbank wijdt de volgende overweging aan het medeplegen:

“Uit de bewijsmiddelen blijkt (...) dat het gepleegde delict een (lange) voorgeschiedenis kent. Verdachte heeft zelf de achtervolging ingezet en heeft daarbij op een gegeven moment groot licht gevoerd. Er is gebeld met [de bestuurder van de BMW] die vervolgens ook de achtervolging heeft ingezet. Er is gereden met hoge snelheden. Er zijn verkeersgevaarlijke manoeuvres uitgevoerd zoals inhalen, insluiten, remmen, naar links sturen, afsnijden en van de weg dwingen. Deze manoeuvres zijn door beide voertuigen uitgevoerd en bij sommige manoeuvres hadden deze elkaar nodig om extra gevaarlijk te zijn, zoals het insluiten. Naar het oordeel van de rechtbank kan hieruit worden afgeleid dat er sprake is geweest van een nauwe en bewuste samenwerking.”

<sup>653</sup> Rechtbank Groningen 3 februari 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BP3032.

De tweede te bespreken zaak waarin de *actus reus* van medeplegen buiten discussie staat, heeft betrekking op een door twee mannen gepland verkeersongeval. De bestuurder van een Audi stond te wachten in de buurt van een T-kruising. De bestuurder werd door een kompaan telefonisch gewaarschuwd wanneer hij de weg op kon rijden. De auto op de kruisende weg zou voorrang moeten verlenen aan de Audi. Na drie mislukte aanrijdingen vond de vierde keer wel een ongeval plaats. De Audi reed de T-kruising op en kwam in botsing met een Renault. De Renault botste vervolgens tegen een boom aan en de bestuurder kwam te overlijden. Zowel de bestuurder van de Audi als de beller wordt veroordeeld wegens medeplegen van moord. De Hoge Raad doet de op de bewezenverklaring betrekking hebbende cassatiemiddelen in beide gevallen af op basis van art. 81 RO.<sup>654</sup>

In de in de vorige paragraaf besproken voorbeeldzaken is het minder vanzelfsprekend dat de voor medeplegen vereiste bewuste en nauwe samenwerking kan worden aangenomen. Daarbij komt dat al deze zaken afgedaan zijn vóór het op 2 december 2014 gewezen Overzichtsarrest medeplegen.<sup>655</sup> In dat arrest komt de Hoge Raad met een afbakening van het leerstuk medeplegen. Het gaat niet aan de door de feitenrechters gegeven motiveringen rechtstreeks te toetsen aan de eisen die de Hoge Raad in dit arrest aan de feitenrechter stelt. Bij het analyseren van de voorbeeldzaken zal ik veeleer de vraag aan de orde stellen of de feiten en omstandigheden van deze zaken tot een cassatiebestendige veroordeling wegens (poging tot) doodslag zouden kunnen leiden.

De drie volgende paragrafen staan voornamelijk in het teken van de analyse van zaak 7b (Spekstenen). Daarbij is een belangrijke plaats ingeruimd voor de vraag welke rol het zich niet distantiëren kan spelen bij de aansprakelijkheid wegens medeplegen. In paragraaf 6.8.3.2 wordt aandacht besteed aan de wijze waarop de Hoge Raad het zich niet distantiëren positioneert in het Overzichtsarrest medeplegen. Vervolgens zal ik betogen dat de wezenlijkheid van de bijdrage in verband met het zich niet distantiëren voor een belangrijk deel kan worden gerealiseerd door subjectieve aspecten. In paragraaf 6.8.3.3 besteed ik aandacht aan het gezamenlijke doel. In paragraaf 6.8.3.4 ga ik in op de relatie tussen het voor medeplegen vereiste opzet en controle. Deze materie wordt vervolgens toegepast op zaak 7b (Spekstenen). In paragraaf 6.8.3.5 en 6.8.3.6 bespreek ik achtereenvolgens zaak 7a (Slepen) en zaak 7c (Bedreigende achtervolging). Ten slotte wordt in paragraaf 6.8.3.7 kort aandacht besteed aan de problematiek die zich voordeed in de Nijmeegse scooterzaak: kan veroordeeld worden voor medeplegen indien niet vastge-

<sup>654</sup> Zie voor de zaak tegen de bestuurder: rechtbank Den Bosch 8 oktober 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN9772; Hof Den Bosch 8 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU7306; en HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:950. Zie voor de zaak tegen de beller: rechtbank Den Bosch 8 oktober 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN9786; Hof Den Bosch 8 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU7307; en HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:953.

<sup>655</sup> HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474.

steld kan worden wie de bestuurder is geweest van een voertuig dat betrokken was bij gevaarlijk verkeersgedrag?

### 6.8.3.2 *De wezenlijkheid van de bijdrage bij het zich niet distantiëren*

Zowel in zaak 7a (Slepen) als in zaak 7b (Spekstenen) werd de verdachte veroordeeld wegens medeplegen van poging tot doodslag. In beide gevallen werd een belangrijk deel van de daarvoor vereiste *actus reus* niet vervuld door de verdachte. In zaak 7a (Slepen) bestuurde een ander de auto met daaronder een mens. In zaak 7b (Spekstenen) werden de stenen (waarschijnlijk) alleen gegooid door andere inzittenden. Deze gedragingen worden in beide gevallen aan de verdachte toegerekend. De aansprakelijkheid van beide verdachten is voor een belangrijk deel terug te voeren op een omissie.

De passagier in zaak 7a (Slepen) wordt verweten dat hij heeft nagelaten het slachtoffer te helpen of te ontzetten.<sup>656</sup> Het Hof specificeert niet wat hij wel had moeten doen. Het ligt het meest voor de hand dat hij had moeten trachten de bestuurder tot stoppen te manen (psychische beïnvloeding). De bestuurder in zaak 7b (Spekstenen) wordt verweten dat hij heeft nagelaten de auto tot stilstand te brengen. Beide verdachten hebben overigens ook gedragingen met een actiever karakter verricht. De passagier in zaak 7a (Slepen) gaf aanwijzingen omtrent de te volgen route en wijze van rijden. De bestuurder in zaak 7b (Spekstenen) bleef gas geven en de auto besturen.

In zaak 7b (Spekstenen) vestigt de rechtbank de aandacht op een heikel thema met betrekking tot medeplegen: het zich niet distantiëren. De rechtbank wijst erop dat de verdachte zich als bestuurder van de auto had kunnen distantiëren door de auto te stoppen en daarmee de achtervolging te beëindigen. Dit aspect verdient bijzondere aandacht in verband met de overwegingen van de Hoge Raad in het Overzichtsarrest medeplegen. In dit arrest overweegt de Hoge Raad onder meer het volgende:

“De kwalificatie medeplegen is slechts dan gerechtvaardigd als de bewezen-verklaarde – intellectuele en/of materiële – bijdrage aan het delict van de verdachte van voldoende gewicht is. (...)”

Dat de kwalificatie medeplegen gerechtvaardigd moet zijn, is mede van belang omdat het in dit verband vaak gaat om de vraag: medeplegen dan wel medeplechtigheid aan een strafbaar feit. (...) Waar het verwijt bij medeplegen zich concentreert op het gewicht van de intellectuele en/of materiële bijdrage aan het delict van de verdachte, is het kernverwijt bij medeplechtigheid ‘het bevorderen en/of vergemakkelijken van een door een ander begaan misdrijf’ (...).

<sup>656</sup> In de zaak tegen de bestuurder maakt het Hof de bestuurder hetzelfde verwijt. De bestuurder wordt daarnaast nog verweten dat hij heeft nagelaten de auto tot stilstand te brengen. Zie Hof Leeuwarden 18 april 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE1679.

Bij de vorming van zijn oordeel dat sprake is van de voor medeplegen vereiste nauwe en bewuste samenwerking, kan de rechter rekening houden met onder meer de intensiteit van de samenwerking, de onderlinge taakverdeling, de rol in de voorbereiding, de uitvoering of de afhandeling van het delict en het belang van de rol van de verdachte, diens aanwezigheid op belangrijke momenten en het zich niet terugtrekken op een daartoe geëigend tijdstip. Daarbij verdient overigens opmerking dat aan het zich niet distantiëren op zichzelf geen grote betekenis toekomt. Het gaat er immers om dat de verdachte een wezenlijke bijdrage moet hebben geleverd aan het delict. In dit verband valt te wijzen op bijvoorbeeld HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK3356, NJ 2010/193 waarin ten aanzien van het medeplegen van een vernieling werd overwogen 'dat het louter aanwezig zijn bij en zich niet distantiëren van een door een ander gepleegde vernieling, alsmede het louter instemmen met die vernieling, ieder voor zich en in onderlinge samenhang bezien daarvoor onvoldoende zijn' (...)."<sup>657</sup>

De Hoge Raad plaatst het thema van het zich niet distantiëren in de sleutel van de vraag of de bijdrage van de verdachte van voldoende gewicht is om van medeplegen te kunnen spreken. Indien louter sprake is van zich niet distantiëren, dan is niet voldaan aan het vereiste dat de verdachte een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan het delict. De springende vraag is nu wanneer niet meer kan worden gesproken van het zich *louter* niet distantiëren. De overwegingen van de Hoge Raad wekken de indruk dat het meerdere vooral moet worden gevonden in min of meer objectieve factoren.<sup>658</sup> Daarbij zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan het feit dat de verdachte een belangrijke rol heeft vervuld in de voorbereiding van het delict. De combinatie van de belangrijke rol in de voorfase en het zich niet distantiëren in de uitvoeringsfase brengt dan mee dat de drempel van een wezenlijke bijdrage wordt gehaald.

Rozemond en Postma vestigen de aandacht op het belang van subjectieve factoren in verband met de afgrenzing tussen medeplegen en medeplichtigheid.<sup>659</sup> De auteurs betogen ieder voor zich dat waarde moet worden gehecht aan de intenties waarmee de actor zijn bijdrage levert. De intentionele benadering van medeplegen spreekt mij aan. Het komt mij voor dat de wezenlijkheid van de bijdrage in bepaalde gevallen voor een belangrijk deel op

---

<sup>657</sup> HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474. Zie ook HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1316. In dit arrest geeft de Hoge Raad nog te kennen dat het beslissingskader ten aanzien van medeplegen niet anders dan globaal kan zijn. De Hoge Raad kan naar eigen zeggen geen algemene regels geven over de moeilijke vraag of de bijdrage aan het delict van de verdachte van voldoende gewicht is, maar hij kan slechts tot op zekere hoogte duidelijkheid verschaffen door het formuleren van aandachtspunten.

<sup>658</sup> Vgl. Rozemond 2015, 'Een overzichtsarrest voor medeplegen', p. 895 en Postma 2015, 'Facetten van medeplegen', p. 127-128.

<sup>659</sup> Rozemond 2015, 'Een overzichtsarrest voor medeplegen' en Postma 2015, 'Facetten van medeplegen', p. 127-132. Vgl. ook de conclusie van Advocaat-Generaal Knigge bij het Overzichtsarrest medeplegen (punt 4.6).

subjectieve aspecten kan worden gebaseerd. De subjectieve aspecten brengen dan mee dat een bijdrage die in objectieve zin van relatief weinig gewicht lijkt te zijn, bij nadere beschouwing toch van voldoende gewicht is om van medeplegen te kunnen spreken.

Ik illustreer de rol die subjectieve factoren zouden kunnen spelen aan de hand van zaak 7b (Spekstenen). Als de zaak met een objectieve bril wordt bekeken, dan rijst het beeld dat de verdachte slechts een kleine rol heeft vervuld. De verdachte bestuurt een auto, terwijl anderen stenen naar een motoragent gooien. Het besturen van een auto is op zichzelf beschouwd een volstrekt alledaagse bezigheid, terwijl het gooien van stenen als een op een ander persoon gerichte geweldshandeling moet worden gezien. Het enkele feit dat de bestuurder zich niet distantieert van deze gewelddadige handeling door de auto tot stilstand te brengen, is in deze benadering van onvoldoende gewicht om van medeplegen te kunnen spreken. Bij een subjectievere invulling van medeplegen is dat echter niet zonder meer het geval. Hieronder sta ik eerst stil bij de rol van het gezamenlijke doel (paragraaf 6.8.3.3). Vervolgens ga ik in op de relatie tussen het voor medeplegen vereiste opzet en controle (paragraaf 6.8.3.4).

#### *6.8.3.3 Het gezamenlijke doel*

Ten aanzien van zaak 7b (Spekstenen) is uiteindelijk beroep in cassatie ingesteld.<sup>660</sup> Het Hof was voor het incident met betrekking tot het gooien van stenen alleen tot een veroordeling gekomen wegens het subsidiair ten laste gelegde medeplegen van poging tot zware mishandeling. De motivering van het Hof ten aanzien van deze bewezenverklaring verschilt echter niet noemenswaardig van de motivering van de rechtbank ten aanzien van poging tot doodslag. Het cassatiemiddel klaagt erover dat het feit dat de verdachte zich niet heeft gedistantieerd van het stenen gooien niet redengevend kan zijn voor de bewezenverklaring. Advocaat-Generaal Knigge legt uit waarom de klacht in zijn optiek niet kan slagen:

“Ik merk daarbij nog op dat het medeplegen van de poging tot zware mishandeling door het Hof niet enkel is afgeleid uit het niet distantiëren door de verdachte. Het hele patroon van vluchten, zoals dat uit de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid, duidt op een nauwe samenwerking van de verdachte (die de auto bestuurde) met de andere inzittenden in de auto. Gelet hierop heeft het Hof kunnen aannemen dat ook het gooien van de stenen plaatsvond in het kader van het gezamenlijke doel (ontkomen aan de politie). De bewezenverklaring van het onder 1 tenlastegelegde medeplegen is dan ook naar de eis der wet met redenen omkleed.”

---

<sup>660</sup> HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:779.

Knigge plaatst de rol van de bestuurder in de sleutel van het gezamenlijke doel om te ontkomen aan de politie. In deze visie wordt zowel het stenen gooien door de passagiers als het doen en laten van de verdachte gestuurd door hetzelfde gezamenlijke doel. Deze op samenwerking gerichte intenties vormen een belangrijke stap in het kunnen aannemen van medeplegen.

Het belang van het gezamenlijke doel kan geadstrueerd worden door een variatie op de casus in ogenschouw te nemen. Stel, een bestuurder van een auto die met ongeveer 100 kilometer per uur rijdt, bemerkt dat een passagier op het punt staat met stenen te gaan gooien naar een motorrijder die achter de auto rijdt. Hoewel de bestuurder zich realiseert dat hij het gevaar kan minimaliseren door de auto tot stilstand te brengen, blijft hij dezelfde snelheid aanhouden op het moment dat de stenen daadwerkelijk worden gooid. De bestuurder wenst niet te stoppen, omdat hij in dat geval zijn vliegtuig zou kunnen missen. Het laat zich aanzien dat de rol van de bestuurder in dit voorbeeld niet voldoende groot is om van medeplegen te kunnen spreken. De gedragingen van de bestuurder staan niet in het teken van een vooraf of later ontstaan gezamenlijk doel. Er kan niet worden gezegd dat de verdachte samenwerkt met de stenen gooierende passagier, omdat zijn doen en laten niet wordt gestuurd door een vergelijkbare intentie als de intentie die het handelen van de stenengooier stuurt. Een en ander laat onverlet dat de bestuurder wellicht aansprakelijk kan worden gehouden als medeplechtige.<sup>661</sup>

#### *6.8.3.4 De relatie tussen het voor medeplegen vereiste opzet en controle*

##### *6.8.3.4.a Inleiding*

Hoewel het gezamenlijke doel een noodzakelijke voorwaarde vormt voor het kunnen aannemen van medeplegen, is het geen voldoende voorwaarde. Ook in gevallen waarin de bijdrage van de actor slechts als medeplichtigheid kan worden aangemerkt, zal immers regelmatig sprake zijn van een gezamenlijk doel. De te beantwoorden vraag is waarom de bijdrage van de actor – tegen de achtergrond van het gezamenlijke doel – zo gewichtig is dat van medeplegen kan worden gesproken. De belangrijkste verklarende factor in zaak 7b (Spekstenen) wordt naar mijn mening gevormd door de mate van controle die de verdachte heeft uitgeoefend. Zowel de rechtbank als het Hof wijst op

---

<sup>661</sup> In zijn conclusie bij de Nijmeegse scooterzaak (HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1964) wijst Advocaat-Generaal Knigge op de bijzondere status van de bestuurder in verband met het garanderen van de verkeersveiligheid (punt 3.9). Het is de vraag of de verantwoordelijkheid van de bestuurder zich ook uitstrekt tot gedragingen die niet als verkeersgedragingen vallen te bestempelen. Voor zover de verantwoordelijkheid van de bestuurder geacht wordt zich ook daartoe uit te strekken, zou de bestuurder wellicht als pleger aansprakelijk kunnen worden gesteld. De bijzondere zorgplicht om zijn gedrag aan te passen wordt dan in het leven geroepen door de rolverantwoordelijkheid als bestuurder.

de bepalende rol van de door de verdachte aangehouden snelheid. Het Hof brengt dat als volgt tot uitdrukking:

“Als bestuurder bepaalde verdachte de snelheid van de auto en daarmee de snelheid van de achtervolging door [de motoragent]. Die snelheid was bepalend voor de aanmerkelijke kans dat [de motoragent] tengevolge van een val zwaar lichamelijk letsel zou kunnen oplopen. Verdachte heeft zich niet gedistantieerd van het stenen gooien. Als bestuurder van de auto had hij de auto tot stilstand kunnen brengen om zodoende de achtervolging te beëindigen.”

Op het eerste gezicht lijkt het hier om een objectieve factor te gaan: de verdachte wordt verweten de auto op een bepaalde snelheid te hebben gehouden. Bij nadere beschouwing geldt echter dat het aan de verdachte gemaakte verwijt voor een belangrijk deel in subjectieve factoren moet worden gevonden. Ik heb daarbij het oog op het voor medeplegen vereiste opzet. In paragraaf 6.8.3.4.b sta ik kort stil bij de eisen die in mijn optiek moeten worden gesteld aan het opzet bij medeplegen. Vervolgens besteed ik in paragraaf 6.8.3.4.c aandacht aan de relatie tussen opzet en controle enerzijds en de wezenlijkheid van de bijdrage anderzijds. Paragraaf 6.8.3.4.d staat primair in het teken van de toepassing van deze materie op zaak 7b (Spekstenen).

#### *6.8.3.4.b Het voor medeplegen vereiste opzet*

In de doctrine wordt bij het medeplegen van doleuze delicten onderscheid gemaakt tussen ‘opzet op de samenwerking’ en ‘opzet op het grondfeit’.<sup>662</sup> Wat betreft het laatste thema gaat veel aandacht uit naar de vraag in hoeverre afwijkingen tussen de voorstelling van de actor en de daadwerkelijke uitvoering mogen worden toegelaten. Deze vraag gaat – in mijn optiek – niet direct over het opzet, maar over de correspondentie.<sup>663</sup> De vraag is welke afwijkingen tussen een bepaalde psychische gesteldheid die geldt als opzet en de actus reus nog voldoende met elkaar corresponderen. Op deze plaats wil ik de aandacht richten op een andere vraag: wat moet worden verstaan onder ‘opzet op het grondfeit’? Deze vraag kan niet op veel aandacht rekenen in de doctrine.

In de doctrine wordt de indruk gewekt dat de medepleger bij doleuze delicten in beginsel hetzelfde opzet moet hebben als de pleger.<sup>664</sup> Het opzet van de medepleger moet – net als het opzet van de pleger – gericht zijn op de bestanddelen die door het opzet worden beheerst. In de context van het delict

<sup>662</sup> Vgl. Postma 2014, ‘Opzet en toerekening bij medeplegen’, p. 23-30; Knigge & Wolswijk 2015, ‘Het materiële strafrecht’, p. 261-266; en Kelk & De Jong 2016, ‘Studieboek materieel strafrecht’, p. 458-460.

<sup>663</sup> Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 377-380.

<sup>664</sup> Zie bijv. Postma 2014, ‘Opzet en toerekening bij medeplegen’, p. 27; Knigge & Wolswijk 2015, ‘Het materiële strafrecht’, p. 262; en De Hullu 2015, ‘Materieel strafrecht’, p. 464.



doodslag wordt dus geëist dat de medepleger opzet heeft op het van het leven beroven van een ander. Het is de vraag of deze gelijkstelling tussen het opzet van de pleger en de medepleger helemaal juist is.

Een psychische gesteldheid kan alleen als opzet bestempeld worden als zij gericht is op een relatie tussen de actor en een bepaalde toestand.<sup>665</sup> Bij doodslag dient de psychische gesteldheid van de actor gericht te zijn op het feit dat *hij* een ander (mogelijk) van het leven zal beroven. Het opzet van de pleger heeft aldus betrekking op het feit dat hij zelf controle heeft met betrekking tot het gevolg (voorgestelde controle). Het moge duidelijk zijn dat deze eis niet aan het opzet in de zin van medeplegen kan worden gesteld. De *actus reus* van medeplegen hoeft niet – zelfs niet gedeeltelijk – te worden vervuld door de medepleger. Het spreekt dan ook voor zich dat het opzet van de medepleger evenmin gericht hoeft te zijn op de eigen vervulling van het delict.

De vraag is nu waar het opzet van de medepleger wél op gericht moet zijn. Het ligt voor de hand dat het antwoord op deze vraag – net als bij het plegen – samenhangt met de eisen die gesteld worden aan de *actus reus* waarop het opzet gericht moet zijn. Uit het Overzichtsarrest medeplegen kan worden afgeleid dat de medepleger een wezenlijke bijdrage moet leveren aan het delict in kwestie.<sup>666</sup> In het verlengde daarvan kan gesteld worden dat het opzet van de medepleger gericht moet zijn op het feit dat hij een wezenlijke bijdrage zal leveren aan het delict.<sup>667</sup> Ook bij de medepleger ligt – net als bij de pleger – het hebben van controle besloten in het opzet-object. De controle heeft echter geen betrekking op het zelf vervullen van het delict. Het opzet van de medepleger hoeft alleen gericht te zijn op het hebben van controle met betrekking tot het leveren van een wezenlijke bijdrage aan het gevolg.<sup>668</sup>

---

<sup>665</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 380-381, 387-388 en 418-420. Zie ook paragraaf 4.7.

<sup>666</sup> HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474. Deze eis wordt ook in de doctrine gesteld. Zie bijv. Knigge & Wolswijk 2015, 'Het materiële strafrecht', p. 267-278; De Hullu 2015, 'Materieel strafrecht', p. 451-472; en Kelk & De Jong 2016, 'Studieboek materieel strafrecht', p. 460-467.

<sup>667</sup> In mijn optiek wordt de normatieve duiding van het gewicht van de bijdrage niet door het opzet beheerst. Laten we bij wijze van voorbeeld aannemen dat het iemand vasthouden terwijl een ander de persoon door messteken om het leven brengt in de gegeven omstandigheden wordt gezien als een wezenlijke bijdrage aan doodslag. Voor het opzet van de medepleger is het mijns inziens voldoende dat de actor zich bewust is van de aanmerkelijke kans dat hij door zijn vasthouden een bijdrage levert aan het om het leven brengen van een persoon. Indien de actor de grootte van zijn bijdrage slechts als minimaal taxeert, dan staat dat niet aan het aannemen van opzet in de weg. Postma 2015, 'Facetten van medeplegen', p. 128 verdedigt een andere opvatting: "[In] een uitzonderlijk geval waarin de verdachte de kwaliteit van zijn bijdrage onderschat – hij meent slechts behulpzaam te zijn op basis van een ondergeschikte inbreng, maar zijn bijdrage is objectief beschouwd van wezenlijk belang – is hij in mijn ogen geen medepleger, maar hoogstens medeplichtige."

<sup>668</sup> Een persoon die door zijn aanwezigheid een wezenlijke bijdrage levert aan het delict vrijheidsberoving, maar die geen mogelijkheid ziet zich te distantiëren van het ge-

6.8.3.4.c *Opzet, controle en de wezenlijkheid van de bijdrage*

Na deze uitweiding over het voor medeplegen vereiste opzet keer ik terug naar de vraag waarom de bijdrage van de verdachte in zaak 7b (Spekstenen) – tegen de achtergrond van het gezamenlijke doel – zo gewichtig zou kunnen zijn dat sprake is van medeplegen. Ik meen dat de mate van controle die de verdachte heeft uitgeoefend een belangrijke factor is.<sup>669</sup> De rechtbank en het Hof in deze zaak wijzen erop dat de verdachte zich van het stenen gooien had kunnen distantiëren door de auto tot stilstand te brengen. Op het eerste gezicht lijkt het hier om een objectieve factor te gaan: de verdachte wordt verweten de auto op een bepaalde snelheid te hebben gehouden. Bij nadere beschouwing geldt echter dat het aan de verdachte gemaakte verwijt voor een belangrijk deel in subjectieve factoren moet worden gevonden. In de vorige paragraaf is uiteengezet dat opzet bij medeplegen gericht moet zijn op het feit dat de actor een wezenlijke bijdrage zal leveren aan het delict. In het geval dat de gedragingen van de actor voornamelijk bestaan uit een omissie, kan niet zomaar gesproken worden van een wezenlijke bijdrage. Die drempel wordt mogelijk wel gehaald als de actor zich in een positie bevindt waarin hij invloed kan uitoefenen op het resultaat. Indien de bewustheid van de verdachte betrekking heeft op het feit dat hij door zijn doen en nalaten controle heeft over het al dan niet scheppen van een aanmerkelijke kans op het intreden van het gevolg, dan kan gezegd worden dat sprake is van het voor medeplegen vereiste opzet. Het opzet is dan gericht op het leveren van een wezenlijke bijdrage.

Het opzet van de verdachte – de bewustheid dat hij (volledige) controle heeft over het al dan niet plaatsvinden van het delict – bepaalt de betekenis die moet worden toegekend aan het zich niet distantiëren. Het is zinledig de verdachte te verwijten zich niet te hebben gedistancieerd indien zou worden aangenomen dat hij zich in het geheel niet bewust is geweest van het feit dat de passagiers met stenen gooiden. De *bewustheid* van de controle gaat vervolgens gepaard met *daadwerkelijke* controle. Als de verdachte zich had gedistancieerd van het stenen gooien door de auto tijdig tot stilstand te brengen, dan had het gevaar geminimaliseerd kunnen worden.

---

beuren, heeft dus geen opzet in de zin van medeplegen. De voor het opzet van medeplegen vereiste voorgestelde controle ontbreekt.

<sup>669</sup> Vgl. HR 26 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9405. In deze zaak werd erover geklaagd dat louter sprake is geweest van passieve aanwezigheid van de verdachte bij een vrijheidsberoving. De Hoge Raad oordeelde dat het Hof op niet-onbegrijpelijke wijze tot uitdrukking had gebracht “dat de verdachte door zijn gedragingen eraan heeft bijgedragen dat zijn mededader de bewezenverklarde handelingen kon verrichten en dat het slachtoffer niet vrij was te gaan en te staan waar hij wilde.” Dit oordeel laat zich verklaren door de mate van controle die de verdachte heeft uitgeoefend. Zijn aanwezigheid – oftewel het zich niet distantiëren – vormt een belangrijke causale factor ten aanzien van het plaatsvinden van het delict.

De verklarende kracht van controle kan geadstrueerd worden door een variatie op de casus in ogenschouw te nemen. Stel, er bevindt zich ook een passagier in de auto die niet met stenen heeft gegooid. Deze passagier heeft zich in dezelfde mate aan het gemeenschappelijke doel om aan de politie te ontsnappen gecommitteerd als de stenen gooiende passagiers en de bestuurder. Deze passagier distantieert zich – evenals de bestuurder – niet van het stenen gooien. Als we veronderstellen dat deze persoon niet de status van leider heeft en zichzelf ook niet deze status toedicht, dan komt het zich niet distantieëren mijns inziens in een ander licht te staan. Ik zou in de eerste plaats menen dat deze persoon niet beschikt over het voor medeplegen vereiste opzet. De passagier zal zich niet bewust zijn van het feit dat zijn nalaten iets te doen een wezenlijke bijdrage levert aan het delict. Dat brengt mee dat hij sowieso niet aansprakelijk kan worden gehouden wegens medeplegen. In het voetspoor daarvan zou ook betoogd kunnen worden dat de voor de *actus reus* van medeplegen vereiste wezenlijke bijdrage evenmin aanwezig is.

De belangrijke rol die controle kan hebben bij het al dan niet aannemen van aansprakelijkheid in verband met het zich niet distantieëren, kan geïllustreerd worden aan de hand van het door de Hoge Raad in het Overzichtsarrest medeplegen aangehaalde Vlinderbomarrest.<sup>670</sup> In deze zaak werd de verdachte veroordeeld wegens het medeplegen van twee vernielingen met vuurwerk. Het Hof hechtte bij het oordeel dat sprake was van medeplegen belang aan het feit dat de verdachte bij de door anderen gepleegde vernielingen aanwezig was en daarmee instemde. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak en overweegt het volgende:

“Uit de gebezigde bewijsmiddelen en de daaraan toegevoegde bewijsoverweging kan niet zonder meer volgen dat de verdachte telkens zo bewust en nauw met een ander heeft samengewerkt dat sprake is van medeplegen, in aanmerking genomen dat het louter aanwezig zijn bij en zich niet distantieëren van een door een ander gepleegde vernieling, alsmede het louter instemmen met die vernieling, ieder voor zich en in onderlinge samenhang bezien daarvoor onvoldoende zijn.”

In dit arrest en in het Overzichtsarrest medeplegen laat de Hoge Raad blijken dat het meerdere dat nodig is naast het zich niet distantieëren, niet kan worden gevonden in het feit dat de verdachte instemde met het feit. Het is van belang erop te wijzen dat instemming – of bewuste aanvaarding – van een door anderen te plegen vernieling *niet* het voor medeplegen vereiste opzet oplevert. Opzet bij medeplegen moet zijn gericht op het feit dat de actor een wezenlijke bijdrage zal leveren aan het delict. In dit geval blijkt niet dat de verdachte door zijn aanwezigheid invloed meende uit te oefenen op het delict. Daaruit volgt dat het voor medeplegen vereiste opzet niet kan worden aangenomen. In het voetspoor daarvan zou ook betoogd kunnen worden dat de voor de *actus reus* van medeplegen vereiste wezenlijke bijdrage evenmin

---

<sup>670</sup> HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK3356.

kan worden bewezen. Er blijkt niet dat de verdachte een aanzienlijke mate van controle had over het al dan niet plaatsvinden van de vernielingen.

Oppervlakkige bestudering van het Vlinderbomarrest zou gemakkelijk tot het oordeel kunnen leiden dat de wezenlijkheid van de bijdrage in gevallen van het zich niet distantiëren niet kan worden bereikt door acht te slaan op het opzet van de verdachte. Hierboven is echter naar voren gekomen dat de subjectieve factor die in het Vlinderbomarrest centraal staat – instemming met de delicten – niet het voor medeplegen vereiste opzet oplevert. Mijn opvatting dat de (doorgaans) uit opzet voortvloeiende controle een belangrijke factor oplevert bij het aannemen van de wezenlijkheid van de bijdrage, staat daarom niet op gespannen voet met het Vlinderbomarrest.

#### 6.8.3.4.d Toepassing

Ik verplaats de aandacht weer naar de bestuurder in zaak 7b (Spekstenen). De grondslag voor aansprakelijkheid berust op het bewust nalaten controle uit te oefenen tegen de achtergrond van een gemeenschappelijk doel. Deze grondslag voor aansprakelijkheid vertoont verwantschap met de aansprakelijkheid voor het *plegen* door middel van nalaten. In paragraaf 6.7.3 kwam naar voren dat voor aansprakelijkheid voor een oneigenlijk omissiedelict, zoals doodslag of zware mishandeling, vereist is dat de actor een bijzondere zorgplicht heeft. In zaak 6a (Fietser in kanaal) werd de bijzondere zorgplicht geconstitueerd door voorafgaand gevaarlijk handelen. Betoogd zou kunnen worden dat de bijzondere zorgplicht in zaak 7b (Spekstenen) voortvloeit uit het gezamenlijke doel om (koste wat kost) uit handen te blijven van de politie. Postma bestempelt de samenwerking die het vertrekpunt vormt voor de aansprakelijkheid wegens medeplegen als ‘gezamenlijke gevaarzetting’.<sup>671</sup> Het gezamenlijke doel om (koste wat kost) uit handen te blijven van de politie bergt het gevaar in zich dat de achtervolgende agent – op een of andere manier – (dodelijk) letsel zal bekomen. Indien zich vervolgens een situatie voordoet waarin de actor de kans op (dodelijk) letsel kan minimaliseren door handelend op te treden, dan rust op hem de bijzondere zorgplicht tot handelen over te gaan.

Het verdient opmerking dat het bewijs van medeplegen in gevallen waarin het zich niet distantiëren een rol speelt, afwijkt van het gebruikelijke patroon. Bij gangbaardere gevallen van medeplegen is het duidelijk dat de actor objectief gezien een belangrijke rol heeft vervuld. Het opzet kan vervolgens afgeleid worden uit deze wezenlijke bijdrage. In zaken waarin het zich niet distantiëren een rol speelt, wordt een omgekeerd pad bewandeld. De wezenlijke rol van de actor wordt voor een belangrijk deel gebaseerd op het voor medeplegen vereiste opzet: bewuste aanvaarding van het vervullen van een wezenlijke rol in het delict.

<sup>671</sup> Postma 2014, ‘Opzet en toerekening bij medeplegen’, p. 278-285 en 301-325.

In zaak 7b (Spekstenen) was het voor medeplegen vereiste opzet in de ogen van de rechtbank en het Hof aanwezig. De rechtbank nam opzet op de dood aan, terwijl het Hof alleen opzet op zware mishandeling bewezen achtte. In de bovenstaande analyse ben ik er arguendo van uitgegaan dat de verdachte inderdaad beschikte over dit opzet.<sup>672</sup> Gegeven dat uitgangspunt kan de rol van de verdachte voldoende groot worden geacht om de kwalificatie medeplegen te rechtvaardigen. Het verdient opmerking dat het bewijs van opzet in gevallen waarin het kernverwijt schuilt in een nalaten lastig kan liggen. Het opzet van de verdachte kan niet zonder meer worden afgeleid uit het feit dat hij nalaat iets te doen. In gevallen waarin het antwoord op de vraag of de bijdrage van de verdachte van voldoende gewicht is voor een belangrijk deel afhangt van subjectieve factoren, zal de feitenrechter er daarom goed aan doen de verdachte op dit punt intensiever te bevragen.<sup>673</sup>

In HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:779 laat de Hoge Raad de veroordeling wegens medeplegen van poging tot zware mishandeling in zaak 7b (Spekstenen) in stand. De Hoge Raad doet de drie cassatiemiddelen die klagen over het bewijs van medeplegen en het daarvoor vereiste opzet alle af op basis van art. 81 RO. Het komt mij voor dat de beslissing van het Hof ook na het verschijnen van het Overzichtsarrest medeplegen op cassatiebestendige wijze gemotiveerd zou kunnen worden. De in het Overzichtsarrest medeplegen geformuleerde relativering van het belang van het zich niet distantiëren wordt immers mede gerelateerd aan het reeds in 2009 gewezen Vlindebommarrest.<sup>674</sup> In dat verband is van belang dat in het tweede cassatiemiddel expliciet werd geklaagd over de wijze waarop het Hof acht had geslagen op het zich niet distantiëren.<sup>675</sup> De Hoge Raad oordeelde ook ten aanzien van dit middel dat het niet noopte tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Rechtbank Zutphen 28 februari 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV7191 laat zich goed vergelijken met zaak 7b (Spekstenen).<sup>676</sup> In deze zaak had een

---

<sup>672</sup> In hoofdstuk 8 toets ik de feitenrechtspraak aan het in dubio pro reo-beginsel. Ik kom tot de conclusie dat de meeste bewezenverklaringen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer ongegrond zijn. Ook in de onderhavige zaak, die niet geanalyseerd wordt in hoofdstuk 8, staat het bewijs van doodslagopzet mijns inziens niet buiten redelijke twijfel. Deze conclusie is voor een belangrijk deel gebaseerd op mijn inschatting dat er geen aanmerkelijke kans op de dood van de agent bestaat. In dat verband verdient opmerking dat het stenen gooien de motoragent kennelijk niet ertoe noopte de achtervolging te staken. Het is daarom aannemelijk dat ook de agent de kans op zijn dood niet als aanmerkelijk heeft ingeschat. Zie ook de conclusie van Advocaat-Generaal Knigge bij HR 27 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:132 (punt 5.15), waarin hij opmerkt: "Zoveel doodsverachting lijkt mij het opsporingsbelang toch niet waard te zijn."

<sup>673</sup> Vgl. Rozemond 2015, 'Een overzichtsarrest voor medeplegen', p. 896.

<sup>674</sup> Dit arrest kwam aan bod in paragraaf 6.8.3.4.c.

<sup>675</sup> Zie conclusie Advocaat-Generaal Knigge bij HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:779 (punt 6).

<sup>676</sup> Zie ook rechtbank Amsterdam 25 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ5846. De bestuurder werd onder meer vervolgd wegens het medeplegen van poging tot doodslag, omdat er pakketten hasj uit de auto zouden zijn gegooid. De rechtbank sprak de

tweetal mannen een aantal tuinornamenten ontvreemd. Op den duur wordt de auto van de mannen op hoge snelheid achtervolgd door een politiewagen. Het was nacht en de weg was grotendeels onverlicht. De passagier van de achtervolgde auto gooide tijdens de achtervolging de tuinornamenten (een houten tuinbeeld en twee wielen) uit het raam in de richting van de berm, waarbij hij nog iets zei als "Ik gooi het in de berm". De politiewagen kwam met de rechtervoorkant in botsing met het houten tuinbeeld en raakte als gevolg daarvan beschadigd. De rechtbank veroordeelt de bestuurder – evenals de bijrijder – wegens medeplegen van poging tot doodslag op de twee in de achtervolgende auto gezeten agenten.<sup>677</sup> De rechtbank motiveert het opzet als volgt:

"Verdachte, bestuurder, moet hebben geweten dat [medeverdachte] de houten voorwerpen uit de auto ging gooien en dat ook daadwerkelijk heeft gedaan. Niet alleen heeft [medeverdachte] dit verklaard, maar deze heeft ook bij zeer hoge snelheid zijn voorportierraam open gedaan en de op de achterbank gelegde drie voorwerpen via dit raam uit de auto gegooid. Desondanks is verdachte met zeer hoge snelheid blijven doorrijden. (...)

Door in de gegeven omstandigheden te handelen zoals verdachte en [medeverdachte] hebben gedaan, hebben zij willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat een uit hun auto gegooid voorwerp (deels) op de rijbaan terecht zou komen en de achtervolgende politieauto daarover/tegen aan zou rijden en dat de beide agenten tengevolge van deze aanrijding zouden komen te overlijden.

Aldus is bij verdachte en zijn medeverdachte in ieder geval sprake van voorwaardelijk opzet op de dood van beide agenten."

Deze uitspraak kan op dezelfde wijze verklaard worden als zaak 7b (Spekstenen). Het blijven doorrijden in het kader van het gezamenlijke doel uit handen van de politie te blijven, constitueert het medeplegen van de poging tot doodslag. De bestuurder oefende door het met hoge snelheid blijven rijden van de auto controle uit over het al dan niet plaatsvinden van de gevaarlijke situatie. De rechtbank overweegt in de strafmotivering dat de verdachten de levens van de twee achtervolgende verbalisanten op het spel hebben gezet om zelf aan aanhouding en betrapping te ontkomen.

---

verdachte vrij, omdat niet viel uit te sluiten dat andere voorwerpen dan pakketten hasj uit de auto waren gegooid. Zie voor de eveneens in een vrijspraak geëindigde zaken tegen de bijrijders: rechtbank Amsterdam 25 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ5843; rechtbank Amsterdam 25 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ5845; en rechtbank Amsterdam 25 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ5842.

<sup>677</sup> Zie voor de zaak tegen de bijrijder: rechtbank Zutphen 28 februari 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV7197.

### 6.8.3.5 Zaak 7a (Slepen)

In deze paragraaf ga ik in op de vraag hoe het oordeel in zaak 7a (Slepen) zich verhoudt tot de jurisprudentie van de Hoge Raad. In deze zaak bestuurde de medeverdachte de auto die in botsing kwam met een fietser. De fietser kwam vast te zitten onder de auto en werd vervolgens ongeveer 600 meter meege-sleept. Het Hof veroordeelde de bijrijder wegens medeplegen van poging tot doodslag. De hier te beantwoorden vraag is of de bijdrage van de bijrijder voldoende groot is om als medeplegen te kunnen worden gekwalificeerd.

Het arrest van het Hof bevat niet zo veel informatie die licht doet schijnen op de rol van de bijrijder. Het Hof hecht waarde aan het feit dat de verdachte aanwijzingen heeft gegeven aan de bestuurder omtrent de te volgen route en wijze van rijden en dat hij heeft nagelaten het slachtoffer te hulp te schieten. Op het eerste gezicht gaat het hier om gedragingen die met medeplichtigheid in verband plegen te worden gebracht. Uit het Overzichtsarrest medeplegen volgt dat in dat geval op de feitenrechter de taak rust om een nauwkeurige motivering te geven indien toch tot een bewezenverklaring wordt gekomen.

In de uitspraken in eerste aanleg is meer informatie te vinden over de achtergrond van het incident. In de zaak tegen de bijrijder, die daar werd veroordeeld als medeplichtige aan poging tot doodslag, valt in de bewezenverklaring te lezen dat hij kort na de aanrijding tegen de bestuurder zou hebben geroepen: “ik ben net vrij, ik krijg TBS” en/of (meermalen) “Rij door”.<sup>678</sup> In de zaak tegen de bestuurder, die werd veroordeeld als pleger van poging tot doodslag, overwoog de rechtbank in de strafmotivering dat “zijn motieven, angst om betrapt te worden op rijden zonder rijbewijs, en angst voor een TBS of een langdurige gevangenisstraf, slechts gericht waren op zijn eigen belang.”<sup>679</sup> In een aan de zaak gewijd krantenartikel valt te lezen dat beide verdachten net waren vrijgelaten uit de gevangenis.<sup>680</sup>

Als deze informatie bij de beoordeling van de zaak wordt betrokken, dan kan het doen en nalaten van beide verdachten tegen de achtergrond van een gezamenlijk doel worden geplaatst. Het door blijven rijden door de bestuurder, het geven van aanwijzingen door de bijrijder en het nalaten zich te bekommeren om het slachtoffer door beide verdachten kunnen alle verklaard worden vanuit de gedeelde doelstelling om niet in aanraking met de politie te komen. Deze doelstelling werd in zoverre gerealiseerd dat de auto aan het eind van de rit werd achtergelaten in een parkeergarage.

Het feit dat het doen en nalaten van de bijrijder in het teken stond van een gezamenlijk doel is op zichzelf beschouwd onvoldoende om zijn bijdrage als medeplegen te kwalificeren. Daarvoor lijkt mij in ieder geval vereist dat de bijrijder een zekere controle heeft gehad over het gedrag van de bestuurder.

---

<sup>678</sup> Rechtbank Groningen 9 oktober 2001, ECLI:NL:RBGRO:2001:AD4329.

<sup>679</sup> Rechtbank Groningen 9 oktober 2001, ECLI:NL:RBGRO:2001:AD4330.

<sup>680</sup> Van Schild 2001, ‘Gevangenis en tbs geëist tegen daders van “sleepongeval”’, “Rij maar door, anders krijgen we 20 jaar en tbs.”

De vraag of de bijrijder controle heeft gehad over het gedrag van de bestuurder begint bij het voor medeplegen vereiste opzet. Indien de bijrijder niet wist dat er zich iemand onder de auto bevond, dan gaat het niet aan de bijrijder te verwijten zich niet gedistantieerd te hebben. Opzet bij medeplegen moet zijn gericht op het feit dat de actor een wezenlijke bijdrage zal leveren aan het delict. Als de verdachte meende dat zijn doen (geven van aanwijzingen) en nalaten (de bestuurder niet ertoe aanzetten de auto tot stilstand te brengen) van invloed waren op het gedrag van de bestuurder, dan lijkt opzet in de zin van medeplegen aangenomen te kunnen worden. In het voetspoor daarvan zou betoogd kunnen worden dat de voor de actus reus van medeplegen vereiste wezenlijke bijdrage eveneens aanwezig is.<sup>681</sup>

Het is interessant het gedrag van deze bijrijder af te zetten tegen het gedrag van een andere bijrijder in deze zaak. In de krant staat vermeld dat de vriendin van de bestuurder zich op de achterbank van de auto bevond.<sup>682</sup> Naar verluidt had ze geroepen dat ze moesten stoppen, maar er werd niet naar haar geluisterd. Deze bijrijder deed met andere woorden precies wat de andere bijrijder werd verweten te hebben nagelaten. Het is evident dat in haar geval geen sprake is van het medeplegen van een poging tot doodslag.

In het bovenstaande wordt de aansprakelijkheid van de verdachte wegens medeplegen voor een belangrijk deel herleid tot de veronderstelde aanwezigheid van opzet. De vraag of de bijrijder beschikt heeft over opzet behoeft uiteraard zelfstandig bewijs. Het arrest van het Hof bevat weinig informatie die licht werpt op die vraag. Uit het feit dat de bijrijder aanwijzingen heeft gegeven omtrent de te volgen route en wijze van rijden volgt dat opzet niet. Daarvoor is in elk geval vereist dat hij zich bewust was van het feit dat het slachtoffer zich nog onder de auto bevond. Dat blijkt niet expliciet uit het arrest van het Hof, maar het vonnis van de rechtbank in de zaak tegen de medeverdachte (de bestuurder) bevat daarvoor wel aanwijzingen. De bestuurder en de twee bijrijders hadden verklaard dat de auto na de aanrijding een bonkend geluid maakte en tijdens het rijden heen en weer slingerde. De bestuurder had moeite de auto in de rijbaan te houden. Op de vraag van de op de achterbank gezeten bijrijder of het de fiets was die onder de auto zat, antwoordde de voorin gezeten bijrijder om wie het hier gaat: "Nee, het is die neger".<sup>683</sup>

Het is vervolgens de vraag of uit deze bewustheid afgeleid kan worden dat de verdachte zich ervan bewust is geweest dat hij invloed kon uitoefenen op het al dan niet overlijden van het slachtoffer. Het verdient in dat verband opmerking dat er één scenario is waarin die stap niet gezet kan worden. Als de verdachte ervan uit is gegaan dat het slachtoffer reeds was overleden door de botsing, dan kan opzet op de dood niet worden aangenomen.<sup>684</sup>

<sup>681</sup> Zie paragraaf 6.8.3.4.

<sup>682</sup> Van Schild 2001, 'Gevangenis en tbs geëist tegen daders van "sleepongeval"; "Rij maar door, anders krijgen we 20 jaar en tbs."'.

<sup>683</sup> Rechtbank Groningen 9 oktober 2001, ECLI:NL:RBGRO:2001:AD4330.

<sup>684</sup> Zie in dat verband de verklaring van de bestuurder, die door de rechtbank wegens poging tot doodslag werd veroordeeld: "Verdachte heeft zelf verklaard dat (...) hem



#### 6.8.3.6 *Zaak 7c (Bedreigende achtervolging)*

In zaak 7c (Bedreigende achtervolging) is het het duidelijkst dat de verdachte een wezenlijke rol heeft vervuld. In deze zaak liet de dronken verdachte zijn vrouw de auto besturen. Uiteindelijk ontspon zich een wilde achtervolging die erin resulteerde dat drie inzittenden van de achtervolgde auto kwamen te overlijden, terwijl één inzittende zwaar letsel opliep. De verdachte leverde in de eerste plaats een belangrijke intellectuele bijdrage. Hij was de initiator van de achtervolging en bleef gedurende de rit zijn vrouw aansporen te persisteren in de achtervolging. In de tweede plaats geldt dat de verdachte ook een materiële bijdrage heeft geleverd. De verdachte had enkele malen aan het stuur getrokken om de koers van de auto te wijzigen. Het is goed te begrijpen dat de combinatie van de intellectuele en de materiële bijdrage van de verdachte van voldoende gewicht wordt geacht om de kwalificatie als medeplegen te rechtvaardigen.

Daarnaast geldt uiteraard dat de verdachte beschikt moet hebben over het voor medeplegen vereiste opzet. Het Hof leidt uit het geheel van de gedragingen van de verdachte af dat hij opzet op de dood moet hebben gehad. Het Hof lijkt in de bewijsmotivering te responderen op een verweer van de verdachte dat hij ten gevolge van ernstige dronkenschap niet zou hebben beseft dat hij de inzittenden van de achtervolgde auto in gevaar bracht. De verdachte had verklaard die dag ruim één krat bier te hebben gedronken.<sup>685</sup> Het Hof laat eerst blijken dat het dit verweer over het niet beseft hebben van de gevaren niet geloofwaardig acht. De verdachte had immers ook de tegenwoordigheid van geest om zijn vrouw verder te laten rijden en om enkele malen in te grijpen in het sturen van de auto. Vervolgens lijkt het Hof er echter toch rekening mee te houden dat de verdachte de risico's tempore delicti niet adequaat heeft ingeschat. Het Hof merkt namelijk het volgende op over deze kwestie:

“Voor zover zijn inschatting van de risico's ten negatieve is beïnvloed door zijn overmatig drankgebruik geldt voorts dat verdachte zelf verantwoordelijk is voor de – hem bekende – gevolgen daarvan.”

Het heeft er alle schijn van dat het Hof de eventuele afwezigheid van opzet tempore delicti niet in de weg vindt staan aan het aannemen van opzet, aangezien sprake is van anterieure verwijtbaarheid (culpa in causa). Het Hof doet geen poging het opzet van de verdachte op een eerder moment te lokaliseren, maar verwijst slechts naar de eigen verantwoordelijkheid van de verdachte. Het komt mij voor dat de culpoos aandoende redenering van het Hof blijk

---

na de botsing door zijn hoofd ging (...) dat hij het slachtoffer had doodgereden en dat hij daarop besloot door te rijden.” Zie rechtbank Groningen 9 oktober 2001, ECLI:NL:RBGRO:2001:AD4330.

<sup>685</sup> Dit blijkt uit het vonnis van de rechtbank: rechtbank Maastricht 1 juli 2002, ECLI:NL:RBMAA:2002:AE4779.

geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Noch Advocaat-Generaal Jörg noch de Hoge Raad laat zich uit over de redenering van het Hof. Daarbij verdient opmerking dat de door mij aangestipte kwestie niet is aangekaart in het op opzet ziende cassatiemiddel. De Hoge Raad doet het middel af met toepassing van art. 81 RO.

Wat er ook zij van de motivering van het opzet, het staat vast dat de verdachte een belangrijke rol had in verband met de levensgevaarlijke achtervolging. De rol van de verdachte is zelfs zo prominent dat de vraag opdoemt of de aansprakelijkheid van de verdachte niet ook op andere wijze geconstrueerd kan worden. De vrouw van de verdachte werd door de rechtbank veroordeeld wegens medeplegen van doodslag en medeplegen van poging tot doodslag.<sup>686</sup> Twee deskundigen kwamen tot het oordeel dat de vrouw volledig ontoerekeningsvatbaar was. Volgens één deskundige had zich bij haar een permanente traumatische stressstoornis ontwikkeld, waarbij zij willoos was ten opzichte van haar man en hem niets meer durfde te weigeren uit angst voor ruzie en slaag. De andere deskundige oordeelde dat de ziekelijke stoornis – de relatieproblematiek – het gedrag van de vrouw in de auto volledig bepaalde. Er viel voor haar niets te kiezen. De rechtbank neemt de bevindingen van de deskundigen niet over. Daarnaast verwierpt de rechtbank het door de raadsman gedane beroep op psychische overmacht. Volgens de rechtbank is niet aannemelijk geworden dat de gedragingen “tot stand zijn gekomen onder invloed van een onverhoedse, onverwachte of – in vergelijking met haar relatie afwijkende – voor verdachte overweldigende emotie.”

Indien de wijze waarop de bijrijder zijn vrouw aanspoorde te rijden gebracht kan worden onder een van de in art. 47 lid 1 sub 2 Sr genoemde uitlokkingsmiddelen, dan komt de deelnemingsvorm uitlokking nadrukkelijk in beeld. Het staat buiten kijf dat de bijrijder als de auctor intellectualis van de wilde achtervolging moet worden gezien. Indien – anders dan de rechtbank – zou worden aangenomen dat de vrouw straffeloos is op basis van psychische overmacht dan wel ontoerekeningsvatbaarheid, dan komt de deelnemingsvorm doen plegen in aanmerking. In het geval van straffeloosheid van de vrouw is het ook niet uitgesloten dat de bijrijder zo veel controle uitoefende over het doen en laten van zijn vrouw – mede tegen de achtergrond van zijn eigen gedragingen – dat hij als functioneel dader moet worden beschouwd. Dat betekent dat geen deelnemingsconstructie nodig is om aansprakelijkheid te kunnen aannemen. Voor alle drie aansprakelijkheidsvormen – uitlokking, doen plegen en functioneel daderschap – geldt uiteraard dat de verdachte beschikt moet hebben over het voor die aansprakelijkheidsvorm vereiste opzet op de dood.

---

<sup>686</sup> Rechtbank Maastricht 4 september 2002, ECLI:NL:RBMAA:2002:AE7235.

### 6.8.3.7 De Nijmeegse scooterzaak

In deze afsluitende paragraaf sta ik kort stil bij de problematiek die aan bod kwam in de Nijmeegse scooterzaak.<sup>687</sup> In deze zaak waren twee mannen van plan een hotel te overvallen. Toen bij het hotel een politieagent werd waargenomen, sloegen de mannen op de vlucht op een motorscooter. Tijdens de wilde rit werd een voetganger dodelijk aangereden. Het Hof Arnhem kon niet vaststellen wie van beide mannen de motorscooter had bestuurd. Het Hof meende dat de voor medeplegen vereiste nauwe en bewuste samenwerking ten aanzien van art. 287 Sr, art. 6 WvW en art. 5 WvW niet kon worden vastgesteld. Volgens het Hof was niet gebleken van “enige samenwerking of overleg tussen de beide verdachten over de wijze waarop zij zich aan controle door de politie wilden onttrekken vanaf het moment dat zij zich (...) door de politie betrappt voelden”. De Hoge Raad casseert en wijdt daaraan de volgende overweging:

“In een geval als het onderhavige, waarin het verweten medeplegen van een met de vlucht verband houdend misdrijf is voorafgegaan door het mogelijk daarmee samenhangende medeplegen van een ander strafbaar feit, is geenszins uitgesloten dat de voor het medeplegen van dat misdrijf relevante samenwerking reeds vóórdien – in het onderhavige geval: in het kader van het medeplegen van de voorbereiding van de overval – is ontstaan. (...)”

Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat de wijze waarop de beide verdachten met de scooter zijn gevlucht, niet als een zó waarschijnlijke mogelijkheid besloten lag in de eerdere nauwe en bewuste samenwerking met het oog op de voorgenomen overval, dat ook wat betreft die vlucht zo bewust en nauw is samengewerkt dat van medeplegen kan worden gesproken. Gelet op de vaststellingen en overwegingen van het Hof, in het bijzonder wat betreft de voorbereiding van de overval en de directe reactie op het waarnemen van een politie-auto, is dat oordeel niet zonder meer begrijpelijk.”<sup>688</sup>

Het is van belang op te merken dat de overwegingen van het Hof en de Hoge Raad ook betrekking hebben op de overtreding van art. 5 WvW.<sup>689</sup> In de lichtste variant van de in dat verband ten laste gelegde gedraging gaat het om het

---

<sup>687</sup> Zie voor de zaak tegen de verdachte die door de rechtbank als bestuurder werd aangeduid: rechtbank Arnhem 17 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO7624; Hof Arnhem 29 mei 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW6756; HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1964; en Hof Den Bosch 20 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2428. Zie voor de zaak tegen de verdachte die door de rechtbank als bijrijder werd aangeduid: rechtbank Arnhem 17 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO7616; Hof Arnhem 29 mei 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW6755; HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1966; en Hof Den Bosch 20 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2429.

<sup>688</sup> HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1964.

<sup>689</sup> Ik ga ervan uit dat de Hoge Raad abusievelijk spreekt van een met de vlucht verband houdend *misdrijf* en dat de Hoge Raad het oog heeft op een met de vlucht verband houdend *strafbaar feit*. Dat betekent dat ook art. 5 WvW (een overtreding) onder het bereik van de overweging valt.

*kunnen* veroorzaken van gevaar dan wel het *kunnen* hinderen van verkeer. Het begripelijkheidsoordeel van de Hoge Raad moet tegen die achtergrond worden gezien. Het is inderdaad niet goed te begrijpen dat het kunnen hinderen van verkeer niet als een zó waarschijnlijke mogelijkheid besloten lag in de eerdere nauwe en bewuste samenwerking. Dat brengt mee dat de overweging van de Hoge Raad niet zo verstaan moet worden dat de vrijspraak van medeplegen van het veel zwaardere delict doodslag onbegrijpelijk zou zijn.

Het is niet duidelijk welke betekenis aan het door de Hoge Raad opgevoerde waarschijnlijkheidscriterium moet worden toegekend.<sup>690</sup> Als het criterium zo objectief wordt opgevat als het wordt gepresenteerd, dan volstaat een waarschijnlijkheidsverband tussen de samenwerking in het kader van het voorafgaande delict en het delict doodslag om de voor medeplegen vereiste bewuste en nauwe samenwerking aan te kunnen nemen. Indien dat verband aanwezig wordt geacht, dan is alleen nog maar vereist dat het voor het delict doodslag vereiste opzet tempore delicti wordt vastgesteld.<sup>691</sup>

Het is sterk de vraag of de soep zo objectief moet worden gegeten als hij is opgediend. Bij het toepassen van waarschijnlijkheidsredeneringen op mensen kan niet worden geabstraheerd van subjectieve aspecten.<sup>692</sup> De intenties van de actor behoren tot de belangrijkste voorspellende factoren. Dat kan geïllustreerd worden door de volgende twee scenario's tegen elkaar af te zetten.

In scenario 1 spreken de mannen voordat ze overgaan tot het overvallen van het hotel af dat ze 'koste wat kost' willen ontkomen aan de politie in het geval de politie hen in het vizier krijgt. Als er doden moeten vallen om te kunnen ontkomen, dan zij dat zo. In scenario 2 spreken de mannen voordat ze overgaan tot het overvallen van het hotel af dat ze hoe dan ook geen geweld zullen gebruiken in het geval de politie hen in het vizier krijgt. Als ze gegrepen worden door de politie, dan zij dat zo.

De subjectieve factoren die zich voordoen in beide scenario's hebben een belangrijke invloed op de kansinschatting. De kans dat bij betrapping door de politie in scenario 1 een (poging tot) doodslag zal plaatsvinden moet – *ceteris paribus* – substantieel hoger worden ingeschat dan de kans dat in scenario 2 een (poging tot) doodslag zal plaatsvinden.<sup>693</sup>

<sup>690</sup> Vgl. Rozemond 2014, 'Nijmeegse scooter' en Postma 2015, 'Facetten van medeplegen', p. 134-135.

<sup>691</sup> Deze benadering wordt voorgestaan door Postma. Zie Postma 2015, 'Facetten van medeplegen', p. 135-136.

<sup>692</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 49-54, 359-363 en 391-394 over het verband tussen psychische gesteldheden en kansinschattingen. Zie ook paragraaf 7.5.2.

<sup>693</sup> Een praktisch probleem is dat hetgeen hier als uitgangspunt van de voorspelling wordt genomen – de intentie van de actor – in de praktijk juist vaak niet vaststaat. De eerdere intentie zal in de praktijk vermoedelijk worden afgeleid uit het latere delict. Als dan vervolgens geconcludeerd zou worden dat het latere delict met grote waarschijnlijkheid voortvloeit uit de eerdere intentie, dan is sprake van een cirkelredenering.

Het komt mij voor dat moeilijk aan het waarschijnlijkheidsverband in verband met het delict doodslag kan worden voldaan indien niet vaststaat dat de mogelijkheid van een levensgevaarlijke vlucht die eindigt in een dodelijk ongeval was ingecalculeerd door de verdachten. Rozemond wijst er terecht op dat het minder waarschijnlijk is dat beide verdachten bij voorbaat al rekening hebben gehouden met een levensgevaarlijke vlucht die eindigt in een dodelijk ongeval.<sup>694</sup> Het ligt niet voor de hand dat men begint aan een overval als serieus rekening wordt gehouden met een dodelijk verkeersongeluk dat ook voor de actoren zelf gevaarlijk is.<sup>695</sup>

Als men – anders dan ik – van mening zou zijn dat zonder voorafgaande bewustheid wel aan het waarschijnlijkheidscriterium kan worden voldaan, dan is het nog steeds moeilijk om tot het bewijs van medeplegen van doodslag te komen. De Hoge Raad bepaalde in het Overzichtsarrest medeplegen dat de kwalificatie medeplegen slechts dan gerechtvaardigd is als de intellectuele en/of materiële bijdrage aan het delict van voldoende gewicht is.<sup>696</sup> In dit geval moet serieus rekening worden gehouden met het feit dat een van de twee verdachten – de achteropzitter – niet of nauwelijks invloed op het rijgedrag heeft uitgeoefend of heeft kunnen uitoefenen.<sup>697</sup> Als niet kan worden vastgesteld dat de mogelijkheid van een in de dood eindigende vlucht in het eerdere plan was opgenomen, dan kan mijns inziens niet gezegd worden dat de rol van de achteropzitter voldoende gewichtig is om van medeplegen te kunnen spreken. Daarnaast ontbreekt het voor medeplegen vereiste opzet op het leveren van een wezenlijke bijdrage.

Het Hof Den Bosch, dat na verwijzing door de Hoge Raad over de zaak oordeelde, sprak beide verdachten vrij van medeplegen van doodslag.<sup>698</sup> Het Hof hoefde zich niet te buigen over de lastige vragen die hierboven zijn besproken, omdat het Hof tot de conclusie kwam dat de bestuurder – wie deze ook was – tempore delicti niet beschikte over opzet. Het Hof veroordeelde beide verdachten wegens het medeplegen van dood door schuld in het verkeer, terwijl het feit mede is veroorzaakt doordat geen voorrang is verleend.

---

<sup>694</sup> Rozemond 2014, 'Nijmeegse scooter', p. 846.

<sup>695</sup> Uit de volgende overweging lijkt te volgen dat het Hof dat in eerste instantie over de zaak oordeelde ook tot deze conclusie kwam: "Verdachten hadden tevoren enkel met elkaar afgesproken een overval te plegen op het Belvoir Hotel." Zie HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1964. Het gevaar voor de verdachten zelf kan ook nopen tot het vrijspreken van opzet tempore delicti. Het Hof dat na verwijzing door de Hoge Raad over de zaak oordeelde sprak om die reden vrij. Zie Hof Den Bosch 20 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2428.

<sup>696</sup> HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474.

<sup>697</sup> Het Hof dat in eerste instantie over de zaak oordeelde kwam, mede op grond van door de politie uitgevoerd technisch onderzoek, tot de volgende conclusie: "Tijdens de rit die uitmondde in de dodelijke aanrijding heeft de bijrijder naar het oordeel van het hof de scooter niet bestuurd en kan evenmin worden vastgesteld dat hij invloed heeft gehad op de wijze van rijden van de bestuurder." Zie HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1964.

<sup>698</sup> Hof Den Bosch 20 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2428 en Hof Den Bosch 20 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2429.

Tot slot wijs ik nog op een recente zaak waarin de onbekendheid van de bestuurder niet in de weg stond aan een veroordeling wegens medeplegen van diefstal gevolgd van geweld en bedreiging met geweld.<sup>699</sup> In deze zaak hadden drie mannen het na een inbraak gemunt op een politieagent. De door de agent bestuurde auto werd achtervolgd en er werd onder meer ingereden op deze auto. Het Hof vond het feit dat niet kon worden vastgesteld wie de bestuurder was niet in de weg staan aan de bewezenverklaring van medeplegen. Daarbij is van belang dat het Hof wel heeft vastgesteld dat alle drie mannen het slachtoffer dreigend hadden aangekeken en op de agent waren afgerend na het klemrijden van de auto. De Hoge Raad deed de zaak af op basis van art. 81 RO.

---

<sup>699</sup> HR 24 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:960 en HR 24 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:961.



## Hoofdstuk 7

# Het begrip ‘aanmerkelijke kans’

### 7.1 Inleiding

Voorwaardelijk opzet doet zich volgens de Hoge Raad voor als de verdachte bewust de *aanmerkelijke kans* heeft aanvaard dat dat gevolg zal intreden.<sup>700</sup> Het begrip ‘aanmerkelijke kans’ is in de vorige hoofdstukken niet of nauwelijks geproblematiseerd. In hoofdstuk 4 en 5 lag de nadruk op de analyse van de opzet-act: wanneer kan gesproken worden van ‘weten’ en ‘willen’? Daarbij werd er arguendo van uitgegaan dat de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ op 10 procent gesteld kon worden. Ook in het vorige hoofdstuk was geen prominente rol weggelegd voor het begrip ‘aanmerkelijke kans’. Men zou hoogstens kunnen stellen dat het hoofdstuk in het teken stond van gevallen waarin de aanmerkelijke kans in de ogen van de veroordelende feitenrechters (en de Hoge Raad) kennelijk geen probleem vormde.

Het begrip ‘aanmerkelijke kans’ zal daarentegen een belangrijke rol spelen in hoofdstuk 8, waar ik de feitenrechtspraak aan een kritische toetsing onderwerp. De vraag of rechters terecht tot een bewezenverklaring komen, vereist een toetsingsgrondslag. Deze grondslag wordt gevormd door de juiste interpretatie van opzet. Het is daarom nodig meer inzicht te krijgen in de vraag hoe het begrip ‘aanmerkelijke kans’ geïnterpreteerd moet worden. Bij dit leerstuk doen zich namelijk een aantal lastige interpretatiekwesaties voor. Heeft voorwaardelijk opzet een objectief kansvereiste? Waar moet de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ worden getrokken? Varieert de ondergrens van delict tot delict of van geval tot geval? Welke factoren moeten al dan niet worden meegenomen bij het bepalen van de kans in objectieve zin? Het antwoord op deze en andere vragen zal ten grondslag gelegd worden aan de in hoofdstuk 8 te ondernemen toetsing.

In het onderhavige hoofdstuk zal ik uitgebreid stilstaan bij het begrip ‘aanmerkelijke kans’. In paragraaf 7.2 ga ik in op de vraag hoe het in de doctrine gemaakte onderscheid tussen de objectieve en de subjectieve kans moet worden verstaan. Paragraaf 7.3 is gewijd aan de vraag of voorwaardelijk opzet een objectief kansvereiste heeft en zou moeten hebben. Paragraaf 7.4 staat in het teken van een door mij gehouden empirisch onderzoek onder strafrechtjuristen. Het gaat daarbij om de vraag welke kansgrootte de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ zou moeten markeren. In paragraaf 7.5 ga ik in op de lastige vraag hoe de objectieve kansgrootte moet worden vastgesteld.

---

<sup>700</sup> HR 23 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2767.



## 7.2 Het verschil tussen de objectieve en subjectieve kans

### 7.2.1 Inleiding

In de doctrine wordt in de context van het opzetbegrip onderscheid gemaakt tussen de objectieve en de subjectieve kans.<sup>701</sup> In deze paragraaf ga ik in op de vraag hoe deze termen worden verstaan en zouden moeten worden verstaan. Ik zal onder meer betogen dat de kans die in de doctrine als objectief wordt bestempeld subjectief van aard is. Daarnaast besteed ik aandacht aan de vraag of het bepalen van objectieve kansen alleen mogelijk is als objectieve – dat wil zeggen statistische – informatie voorhanden is.

### 7.2.2 De subjectieve kans

Een ‘kans in subjectieve zin’ of een ‘subjectieve kans’ heeft dezelfde betekenis als de begrippen ‘overtuigingsgraad’ en ‘overtuiging’. Deze begrippen vormen de cognitieve poot van de in hoofdstuk 4 besproken rationele keuzetheorie (de kansintegratietheorie).<sup>702</sup> De overtuigingsgraad vormt een uitdrukking van de cognitieve psychische act.<sup>703</sup> De overtuigingsgraad is gemodelleerd naar de schaal die wordt gebruikt om objectieve kansen uit te drukken. Iemand die er volledig van overtuigd is dat mogelijkheid  $\Phi$  zal plaatsvinden, heeft een overtuigingsgraad van 1 (100 procent) met betrekking tot  $\Phi$ . Iemand die er volledig niet van overtuigd is dat  $\Phi$  zal plaatsvinden of die er volledig van overtuigd is dat  $\Phi$  niet zal plaatsvinden, heeft een overtuigingsgraad van 0 (0 procent) met betrekking tot  $\Phi$ . Iemand die er in dezelfde mate van overtuigd is dat de uitputtende en elkaar uitsluitende mogelijkheden  $\Phi$  en niet- $\Phi$  zullen plaatsvinden (bijvoorbeeld kop of munt), heeft een overtuigingsgraad van 0,5 (50 procent) met betrekking tot  $\Phi$ . Deze drie referentiepunten laten zich het gemakkelijkst visualiseren. Het spreekt voor zich dat het ook mogelijk is getallen toe te kennen aan tussenliggende overtuigingsgraden.

Een belangrijke vraag is hoe de overtuiging (subjectieve kans) psychisch wordt gerepresenteerd. Iemand die zijn hond wil uitlaten, kan zich bijvoorbeeld afvragen of het binnenkort zal gaan regenen. Het is de vraag op welke wijze een dergelijke inschatting gestalte krijgt. Het staat wel vast dat de mate van overtuiging in de regel niet aan ons verschijnt in de vorm van een getal, zoals ‘de kans dat het gaat regenen is 48,7 procent’. Het lijkt evenmin voor de

---

<sup>701</sup> Zie bijv. Knigge & Wolswijk 2015, ‘Het materiële strafrecht’, p. 118-122; De Hullu 2015, ‘Materieel strafrecht’, p. 235-242; en Machiels 2016, aantekening 5.3.5 over ‘opzet’ (NLR).

<sup>702</sup> Zie paragraaf 4.4.1. In paragraaf 2.4 heb ik de rechterlijke overtuiging in de zin van art. 338 Sv in verband gebracht met de overtuigingsgraad.

<sup>703</sup> De volitieve poot van de theorie wordt gevormd door de ‘waarderingsgraad’ of ‘waardering’.

hand te liggen dat de mate van overtuiging in dergelijke situaties altijd verbaal wordt gerepresenteerd, zoals 'de kans dat het gaat regenen is substantieel'. Toch wordt de mate van overtuiging wel ervaren en speelt zij een rol in de beslissing de hond al dan niet uit te laten. De overtuigingsschaal is bedoeld om dergelijke intuïtieve ervaringen te vertalen in een getalsmatige grootheid.

### 7.2.3 De subjectieve aard van de objectieve kans

Het is nu de vraag hoe een 'kans in objectieve zin' of een 'objectieve kans' moet worden verstaan. Knigge & Wolswijk contrasteren de objectieve kans met de "subjectieve voorstelling" van de verdachte.<sup>704</sup> Vervolgens brengen ze de objectieve kans in verband met de "reëel bestaande buitenwereld", de "werkelijkheid" en de "feitelijke situatie".<sup>705</sup> Deze karakterisering passen goed bij de term 'objectief'. Het gaat om de kans die in werkelijkheid aanwezig is en niet om de kans die de actor zich heeft voorgesteld. Deze tegenstelling kan in dezelfde sleutel worden geplaatst als de verhouding tussen putatieve noodweer en 'echte' noodweer. Bij putatieve noodweer denkt de actor dat sprake is van een noodweersituatie, terwijl dat in werkelijkheid niet het geval is. Voor noodweer in de zin van art. 41 lid 1 Sr geldt de eis dat een noodweersituatie zich in de werkelijkheid voordoet.

De in de doctrine gebruikte term 'objectief' beoogt primair uit te drukken dat het bij deze kans *niet* gaat om de kans die door de actor wordt gepercipieerd. De vraag is echter of de term 'objectief' geen onjuiste suggestie wekt. Het gaat daarbij om de door Knigge & Wolswijk gemaakte assumptie dat deze kans in de werkelijkheid bestaat. Dat is naar mijn mening niet het geval. De kansen waar het hier om gaat maken geen deel uit van de reëel bestaande buitenwereld.<sup>706</sup> In de strafrechtelijke werkelijkheid treft een kogel doel of niet, is een goed door misdrijf verkregen of niet en komt iemand te overlijden of niet. We kunnen in de meeste gevallen simpelweg constateren of iets al dan niet het geval is geweest. Het kansbegrip kan het best beschouwd worden als een uitdrukking van de menselijke onwetendheid.<sup>707</sup> Het kansbegrip wordt gebruikt als we niet weten of iets gebeurd is of zal gebeuren. In het strafrecht wordt deze onwetendheid kunstmatig gecreëerd door terug te gaan naar een punt waarop nog onduidelijk was of een bepaalde uitkomst zou plaatsvinden. In paragraaf 7.5 ga ik in op de lastige normatieve vraag welke factoren al dan niet bekend moeten worden verondersteld bij het bepalen van de kans.

Het kansbegrip dat van belang is voor het materiële strafrecht past het best bij de zogenaamde subjectieve kanstheorie. In het strafrecht gaat het

<sup>704</sup> Knigge & Wolswijk 2015, 'Het materiële strafrecht', p. 118.

<sup>705</sup> Knigge & Wolswijk 2015, 'Het materiële strafrecht', p. 118-119. Machielse 2016, aantekening 5.3.5 over 'opzet' (NLR) relateert de objectieve kans ook aan de werkelijkheid.

<sup>706</sup> Dat is wél – of in elk geval eerder – het geval bij het kansbegrip dat gehanteerd wordt door de aanhangers van de zo dadelijk te bespreken objectieve kanstheorie.

<sup>707</sup> Vgl. Laplace 1995, 'Philosophical essay on probabilities', p. 2-6.

vaak om min of meer unieke gebeurtenissen, waarbij het niet goed mogelijk is herhaalbare condities die zich lenen voor het uitvoeren van (een oneindige hoeveelheid) onafhankelijke experimenten te lokaliseren.<sup>708</sup> Daarbij is onder meer van belang dat het strafrecht betrekking heeft op mensen, die beschikken over kennis, bewustzijn, verlangens en intenties. In dat opzicht verschilt het gedrag van de mens van dat van een dobbelsteen of een gasmolecuul. De subjectieve kanstheorie relateert het kansbegrip aan de kennis en informatie die individuen ter beschikking staat.<sup>709</sup> 'Kans' is de inschatting van een individu (of een groep van individuen). Op basis van de hem ter beschikking staande kennis en informatie geeft een individu aan hoe groot hij de kans acht dat een bepaalde stelling waar is of bewaarheid zal worden. Het beschikbaar komen van nieuwe informatie kan aanleiding geven tot aanpassing van de kansgrootte.

Naast de subjectieve kanstheorie bestaat er ook een objectieve kanstheorie.<sup>710</sup> Het objectieve of ontologische kansbegrip staat geheel los van menselijke kennis en informatie. 'Kans' wordt gezien als een eigenschap van de wereld waarin we leven. De kans op het gooien van een 6 met een zuivere dobbelsteen is  $1/6$ . Deze kans wordt bepaald door de structuur van de dobbelsteen. De grootte van deze kans is niet afhankelijk van menselijke kennis.

Het geval wil nu dat wat in de context van het opzetbegrip wordt aangeduid als een *objectieve* kans door de kanstheorie meestal wordt beschouwd als een *subjectieve* kans.<sup>711</sup> Het gaat immers niet om een eigenschap van de wereld waarin we leven, maar om een inschatting op basis van in de maatschappij gecumuleerde kennis. Het gaat daarbij om vragen als: hoe groot schatten we de kans in dat het stukslaan van een bierglas op iemands hoofd leidt tot de dood van het slachtoffer? Een dergelijke kansinschatting kan gezien worden als een uitdrukking van kennis die op een bepaald tijdstip in de maatschappij aanwezig is. Deze kennis is in de regel neergelegd in algemene ervaringsregels. In sommige gevallen – denk bijvoorbeeld aan de hiv-arresten – kan gebruikgemaakt worden van statistische informatie.

<sup>708</sup> Vgl. Gillies 2000, 'Philosophical theories of probability', p. 169-205.

<sup>709</sup> Zie over de subjectieve kanstheorie: Derksen 1974, 'Probability, chances and belief'; Hacking 1975, 'The emergence of probability: a philosophical study of early ideas about probability, induction and statistical inference'; en Gillies 2000, 'Philosophical theories of probability'. De grondslagen van de subjectieve kanstheorie zijn omstreeks 1930 onafhankelijk van elkaar ontwikkeld door Ramsey en De Finetti. Ramsey 1964, 'Truth and probability' meent dat in bepaalde contexten ook ruimte is voor een objectief kansbegrip. De Finetti 1964, 'Foresight: its logical laws, its subjective sources' aanvaardt alleen een subjectief kansbegrip. Zelfs ogenschijnlijk objectieve kansen kunnen verklaard worden aan de hand van de subjectieve kanstheorie.

<sup>710</sup> Zie over de objectieve kanstheorie: Derksen 1974, 'Probability, chances and belief'; Hacking 1975, 'The emergence of probability: a philosophical study of early ideas about probability, induction and statistical inference'; en Gillies 2000, 'Philosophical theories of probability'.

<sup>711</sup> De soms aan het bewijs in het strafrecht ten grondslag liggende Bayesiaanse theorie is ook subjectief van aard. De theorie houdt zich bezig met het op rationele wijze updaten van subjectieve kansen.

## 7.2.4 De relatie tussen statistische informatie en de objectieve kans

In de bovenstaande paragraaf is uiteengezet dat het gebruik van de term 'objectieve kans' de onjuiste suggestie kan wekken dat deze kans niet subjectief van aard is. Een ander gevaar dat van het gebruik van de term uitgaat, is dat de onjuiste suggestie wordt gewekt dat de kans alleen in bepaalde gevallen in een getal kan worden uitgedrukt. Zo stelt De Hullu bijvoorbeeld dat het in de hiv-zaken weliswaar mogelijk was de kans in precieze percentages uit te drukken, maar dat het in andere voorwaardelijk-opzettaken – bijvoorbeeld waar het gaat om de gevolgen van geweld – nauwelijks mogelijk is om in concrete percentages te denken.<sup>712</sup>

De door De Hullu geventileerde aarzelingen laten zich goed begrijpen. Als statistische informatie voorhanden is, dan is het relatief gemakkelijk om een concreet getal te noemen. De getalsmatige informatie uit statistisch onderzoek kan immers als uitgangspunt worden genomen. In strafrechtelijke zaken hebben we in de regel die luxe niet. Hieronder illustreer ik aan de hand van de golfsport op welke wijze statistische informatie ten grondslag gelegd zou kunnen worden aan een kansinschatting. Ik wijs daarbij tevens op een aantal voetangels. Daarna bestrijd ik de assumptie dat het in gevallen waarin niet of nauwelijks statistische gegevens beschikbaar zijn niet goed mogelijk is tot een concrete kansinschatting te komen.

Er is een immense hoeveelheid statistische informatie beschikbaar met betrekking tot de Amerikaanse professionele golftour (PGA Tour). Uit gegevens die verzameld zijn over 2007 blijkt bijvoorbeeld dat 53,1 procent van de putts van 8 voet (circa 2,44 meter) gemaakt wordt.<sup>713</sup> Als men een jaar later voor de vraag staat hoe groot de kans is dat een bepaalde professionele golfer een bepaalde putt van 8 voet zal maken op de PGA Tour, dan verdient het aanbeveling deze gegevens te gebruiken bij de kansinschatting. Het lijkt redelijk de kans op succes op ongeveer 53 procent in te schatten. Daarbij verdient opmerking dat de validiteit van de kansinschatting niet direct bevestigd of ontkracht wordt door de uitkomst van de putt in kwestie: de putt wordt gemaakt of gemist. Het feit dat de puttpercentages weinig variatie vertonen van jaar tot jaar<sup>714</sup> levert echter wel een indicatie op voor de validiteit van de kansinschatting. Ook blijkt uit de gegevens dat de afstand van een putt zeer hoog correleert met het percentage gemaakte putts (des te langer de putt is, des te klei-

<sup>712</sup> De Hullu 2015, 'Materieel strafrecht', p. 240. Zie voor andere sceptische opvattingen: conclusie Advocaat-Generaal Jörg bij HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049 (punt 10) en conclusie Advocaat-Generaal Wortel bij HR 6 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2760 (punt 23).

<sup>713</sup> Vgl. Minton 2012, 'Golf by the numbers: how stats, math, and physics affect your game', p. 122 (tabel 7.1).

<sup>714</sup> Vgl. Minton 2012, 'Golf by the numbers: how stats, math, and physics affect your game', p. 122.

ner is de kans op succes).<sup>715</sup> Dat maakt het aannemelijk dat de kansen bij het putten zekere wetmatigheden volgen.

Het is de vraag of de validiteit van een kansinschatting verhoogd kan worden door meer statistische gegevens bij de schatting te betrekken. Stel dat de vraag is hoe groot de kans is dat Tiger Woods in die periode een bepaalde putt van 8 voet zal maken op de PGA Tour. De vraag is nu of we beter gebruik kunnen maken van de gegevens die betrekking hebben op alle professionele spelers of van de gegevens die alleen betrekking hebben op Tiger Woods zelf.<sup>716</sup> Het laatste is niet noodzakelijkerwijs het geval. Een reden daarvoor is dat er over een bepaalde speler te weinig gegevens beschikbaar zouden kunnen zijn om een betrouwbare meting op te leveren. Uit de gegevens over 2007 blijkt dat Tiger Woods ongeveer 44 procent van zijn putts van 8 voet maakte.<sup>717</sup> Dat is substantieel slechter dan het gemiddelde op de toer (circa 53 procent). Het lijkt aannemelijk dat de omvang van de steekproef (27 putts van 8 voet) te klein is om een betrouwbaar resultaat op te leveren. In het geval van Tiger Woods levert deze meting zeer waarschijnlijk een onderschatting van de kans op.<sup>718</sup>

Een andere manier om de validiteit van de kansinschatting bij golf te verhogen, is door acht te slaan op de aard van de putt. Het blijkt dat de kans op succes hoger is als voor de tweede keer op een green wordt geputt (de eerste putt is in dat geval gemist) dan als voor de eerste keer wordt geputt.<sup>719</sup> Een mogelijke verklaring daarvoor is dat men de 'lijn' van de putt heeft kunnen lezen. Dat betekent dat men ziet hoe ver de putt afbuigt ten gevolge van hoogteverschillen op de green. Het laat zich aanzien dat het gebruiken van dit soort gegevens de validiteit van de kansinschatting kan verbeteren.

---

<sup>715</sup> Vgl. Minton 2012, 'Golf by the numbers: how stats, math, and physics affect your game', p. 123 (figuur 7.1).

<sup>716</sup> Deze kwestie staat in de literatuur bekend als het referentieklassesprobleem. Als de kans in een individueel geval moet worden bepaald, dan is het de vraag welke referentieklassse – en dus welke relatieve frequentie – als uitgangspunt moet worden genomen. De referentieklassse verschilt naar gelang van de eigenschappen die worden geselecteerd (lengte putt, professionele golfer (op PGA Tour), het zijn van Tiger Woods, geslacht, merk golfbal, e.d.). Daarbij komt dat meerdere relevante referentieklassen van toepassing kunnen zijn, zodat de vraag is hoe die informatie op rationele wijze gecombineerd moet worden. Zie over dit probleem: Hájek 2007, 'The reference class problem is your problem too'; Colyvan & Regan 2007, 'Legal decisions and the reference class problem'; en Franklin 2010, 'Feature selection methods for solving the reference class problem'.

<sup>717</sup> Vgl. Minton 2012, 'Golf by the numbers: how stats, math, and physics affect your game', p. 122.

<sup>718</sup> Dat betekent dat het relatief lage gemiddelde over 2007 (deels) verklaard moet worden door toeval. Die hypothese is in het geval van een zeer goede putter als Tiger Woods niet onwaarschijnlijk. Dat vindt bevestiging in het feit dat Tiger Woods veel beter dan gemiddeld was met betrekking tot putts van 9 voet. Vgl. Minton 2012, 'Golf by the numbers: how stats, math, and physics affect your game', p. 192 en 269 (noot 2).

<sup>719</sup> Vgl. Minton 2012, 'Golf by the numbers: how stats, math, and physics affect your game', p. 129-132.

Bij het gebruik van statistische informatie kan ook een ethisch probleem opdoemen.<sup>720</sup> Stel, uit statistische informatie blijkt dat Aziatische spelers substantieel beter of slechter putten dan niet-Aziatische spelers. De vraag is nu of het vanuit ethisch perspectief acceptabel is deze informatie te gebruiken bij een kansinschatting in een individueel geval. In het geval van golf hangt er weinig van af, maar in de strafrechtelijke context wordt de informatie ten grondslag gelegd aan de bewijsvraag.<sup>721</sup> Het is sterk de vraag of het in deze context acceptabel moet worden geacht informatie over iemands afkomst bij een kansinschatting te betrekken. De consequentie van het buiten beschouwing laten van die informatie is dat genoeg genomen moet worden met een minder valide kansinschatting.<sup>722</sup>

Ten slotte is het de vraag of factoren waarover geen betrouwbare statistische informatie bestaat, nochtans bij de kansinschatting moeten worden betrokken. Moet bijvoorbeeld rekening gehouden worden met het weer, de snelheid van de green of de mate waarin de green onduleert? Het is goed denkbaar dat de kansinschatting verbeterd kan worden door dergelijke factoren mee te nemen in de schatting. Tegen deze achtergrond kan gesteld worden dat statistische informatie niet meer is dan een eerste uitgangspunt bij het maken van een kansinschatting.<sup>723</sup> Ook als statistische informatie voorhanden is, dient nog steeds gebruikgemaakt te worden van algemene ervaringsregels.

Het bovenstaande uitstapje naar de golfsport laat zien dat de aanwezigheid van empirische gegevens het mogelijk kan maken tot een valide kansinschatting te komen. De aanwezigheid van harde cijfers biedt vertrouwen dat een adequate kansinschatting gemaakt kan worden. Tegelijkertijd blijkt dat het ook weer niet zo simpel ligt. Het is in de eerste plaats de vraag welke referentiegroep tot uitgangspunt dient te worden genomen. In de tweede plaats is het van belang dat voldoende observaties aan de statistische informatie ten grondslag liggen. In de derde plaats geldt dat er ethische redenen kunnen zijn om bruikbare informatie buiten beschouwing te laten. Ten slotte is het de vraag of ook gebruikgemaakt moet worden van factoren waarover geen betrouwbare statistische informatie bestaat.

Ik keer terug naar de door De Hullu geventileerde aarzelingen. De Hullu stelt dat het in de hiv-zaken weliswaar mogelijk was de kans in precieze percentages uit te drukken, maar dat het in andere voorwaardelijk-opzettaken – bijvoorbeeld waar het gaat om de gevolgen van geweld – nauwelijks mogelijk is

---

<sup>720</sup> Vgl. Tillers 2005, 'If wishes were horses: discursive comments on attempts to prevent individuals from being unfairly burdened by their reference classes'.

<sup>721</sup> Dit thema vertoont verwantschap met de vraag die ik in paragraaf 2.3 heb besproken: de rechterlijke overtuiging mag alleen gebaseerd worden op geoorloofd bewijsmateriaal.

<sup>722</sup> Het verdient opmerking dat het buiten beschouwing laten van 'suspecte' informatie niet alleen in het voordeel, maar ook in het nadeel van de verdachte kan werken.

<sup>723</sup> Vgl. HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1860 (Hiv-arrest III), waarin de Hoge Raad spreekt van "bijzondere, risicoverhogende omstandigheden" tegen de achtergrond van statistische gegevens.

om in concrete percentages te denken. De bezwaren van De Hullu laten zich goed begrijpen. Als geen bruikbare statistische informatie beschikbaar is, dan is het lastiger een valide kansinschatting te maken. Dat geldt in het bijzonder als het om een min of meer unieke gebeurtenis gaat. HR 24 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1498 kan als illustratie dienen. In deze zaak stond de vraag centraal hoe groot de kans is dat een slachtoffer door een schotwond komt te overlijden als hij door de verdachte met een bij de kolf vastgehouden pistool op zijn hoofd wordt geslagen. In zo'n geval zijn geen empirische gegevens voorhanden waaruit blijkt dat x procent van duizenden vergelijkbare incidenten een dodelijke afloop heeft gehad. Dat neemt niet weg dat het wel degelijk mogelijk is tot een kansinschatting te komen. Deze inschatting zal dan onder meer gebaseerd moeten worden op algemene ervaringsregels, kennis over de werking van het pistool in kwestie en de wijze waarop het incident in werkelijkheid heeft plaatsgevonden. De begrijpelijke aarzeling om het oordeel over de gevaarlijkheid te vertalen in een getal laat zich verklaren door de onzekerheid die daarmee gepaard gaat. Het laat zich aanzien dat dergelijke schattingen (veel) minder valide zullen zijn dan op bruikbare statistische informatie gebaseerde schattingen. Dat zal onder meer tot uiting komen in het feit dat verschillende mensen of instanties tot een (volstrekt) verschillende inschatting van de kansgrootte zullen komen. Het feit dat Advocaat-Generaal Machielse en de Hoge Raad tot een ander oordeel kwamen over het oordeel van het Hof dat de kans aanmerkelijk was, vormt daarvan een illustratie.<sup>724</sup>

Het feit dat het bij de afwezigheid van bruikbare statistische informatie lastiger wordt een valide inschatting van de kans te maken, vormt in mijn optiek geen argument om af te zien van het noemen van concrete percentages. Ik zou eerder menen dat het tegendeel het geval is. Door het noemen van concrete percentages wordt inzichtelijk dat men van mening verschilt met betrekking tot de inschatting van de kans.<sup>725</sup> De verschillende uitgangspunten kunnen vervolgens ten grondslag gelegd worden aan een rationele discussie. De hoop daarbij is dat uiteindelijk tot een betere kansinschatting wordt gekomen.

---

<sup>724</sup> Advocaat-Generaal Machielse stelde het volgende: "En ik twijfel of naar algemene ervaringsregelen de kans dat iemand door een schotwond komt te overlijden nadat hij met een pistool is geslagen aanmerkelijk is te achten. Zo een algemene ervaringsregel is mij in ieder geval niet bekend." De Hoge Raad oordeelde als volgt: "In de (...) overweging ligt als oordeel van het Hof besloten dat onder de gegeven omstandigheden de kans dat het klaarblijkelijk doorgeladen pistool zou afgaan en daarmee de kans dat het slachtoffer zou komen te overlijden, beide als gevolg van het gedrag van de verdachte, naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk zijn te achten." Het verdient opmerking dat de Hoge Raad het doorgeladen zijn van het pistool, hetgeen een belangrijke kansverhogende factor is, bij de kansinschatting betreft. Het Hof had dat niet gedaan ("waarvan hij niet wist of het geladen en, zo ja, of het doorgeladen was"). In paragraaf 7.5 sta ik stil bij het bij de kansinschatting in te nemen perspectief.

<sup>725</sup> In paragraaf 7.4 betoog ik hetzelfde met betrekking tot het vaststellen van de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans'. Het gaat dan om het criterium waaraan de concrete kansinschatting getoetst moet worden.

De door De Hullu gevoelde aarzelingen ten aanzien van het noemen van concrete percentages laten zich wellicht (mede) verklaren door het gebruik van de term 'objectieve kans'. Deze term kan de indruk wekken dat de kans alleen kan worden bepaald als sprake is van objectieve informatie. Als onder ogen gezien wordt dat de objectieve kans in de context van het opzetbegrip een subjectieve kans betreft, dan is het minder bezwaarlijk percentages te noemen. Het gaat erom tot een zo adequaat mogelijke inschatting van de kans te komen. Daarbij kan gebruikgemaakt worden van statistische informatie, maar de schatting kan ook uitsluitend op andere gronden gebaseerd worden.

### 7.2.5 Besluit

In deze paragraaf is naar voren gekomen dat zowel de 'subjectieve kans' als de 'objectieve kans' in de context van het opzetbegrip subjectief van aard is. Dat neemt niet weg dat een belangrijk verschil bestaat tussen beide kansen. Het kansbegrip dat wordt aangeduid met de term 'subjectieve kans' is volstrekt individueel: het is de inschatting van de persoon in kwestie (de verdachte). Het kansbegrip dat wordt aangeduid met de term 'objectieve kans' is echter gebaseerd op in de maatschappij gecumuleerde kennis. Dat betekent dat er een zekere mate van consensus over bestaat of zou moeten bestaan. Men zou daarom eigenlijk beter kunnen spreken van een 'intersubjectieve kans'.<sup>726</sup> Ik zal mij op deze plaats echter conformeren aan de in de doctrine gehanteerde terminologie.

## 7.3 De aanmerkelijke kans in objectieve zin

### 7.3.1 Inleiding

Deze paragraaf is gewijd aan de verhouding tussen voorwaardelijk opzet en de aanmerkelijke kans in objectieve zin. In paragraaf 7.3.2 bespreek ik drie mogelijke interpretaties van het kansbegrip in voorwaardelijk opzet. Ik kom daar tot de conclusie dat voorwaardelijk opzet in de ogen van de Hoge Raad veronderstelt dat ook sprake is van een aanmerkelijke kans in objectieve zin. In paragraaf 7.3.3 bespreek ik een aantal argumenten die ten grondslag gelegd zouden kunnen worden aan een objectief kansvereiste. Ik zal betogen dat deze argumenten niet overtuigend zijn en dat het opzetbegrip niet belast zou moeten worden met een objectief kansvereiste.

---

<sup>726</sup> Vgl. Gillies 1991, 'Intersubjective probability and confirmation theory' en Gillies 2000, 'Philosophical theories of probability', p. 169-186.



### 7.3.2 Drie benaderingen van het begrip ‘aanmerkelijke kans’

In deze paragraaf sta ik stil bij de interpretatie van het kansbegrip bij voorwaardelijk opzet. Sinds de aanvaarding van voorwaardelijk opzet heeft de Hoge Raad verschillende termen gebruikt om voorwaardelijk opzet te omlijnen. Een centraal element van huidige definities is dat sprake moet zijn van een *aanmerkelijke* kans. Voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg is aanwezig indien de actor bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat dat gevolg zal intreden.<sup>727</sup> Hieronder bespreek ik drie mogelijke interpretaties van deze definitie van voorwaardelijk opzet. Het in de vorige paragraaf besproken onderscheid tussen de subjectieve en objectieve kans staat daarbij centraal:

1. Er hoeft alleen sprake te zijn van een aanmerkelijke kans in subjectieve zin.
2. Er hoeft alleen sprake te zijn van een aanmerkelijke kans in objectieve zin.
3. Er moet zowel sprake zijn van een aanmerkelijke kans in subjectieve als in objectieve zin.

De drie benaderingen van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ kunnen geïllustreerd worden aan de hand van de volgende voorbeelden. Ik ga er daarbij – net als in hoofdstuk 4 – arguendo van uit dat de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ op 10 procent gesteld kan worden.<sup>728</sup>

- 1a. De actor heeft een overtuigingsgraad (subjectieve kans) van 30 procent dat het steken van naalden in een levensechte voodoopop van het slachtoffer tot zijn dood zal leiden.
- 1b. De objectieve kans dat het steken van naalden in een levensechte voodoopop van het slachtoffer tot zijn dood zal leiden, is 0 procent.
- 2a. De actor heeft een overtuigingsgraad (subjectieve kans) van 1 procent dat het met een hamer op het hoofd van het slachtoffer slaan tot zijn dood zal leiden.
- 2b. De objectieve kans dat het met een hamer op het hoofd van het slachtoffer slaan tot zijn dood zal leiden, is 50 procent.
- 3a. De actor heeft een overtuigingsgraad (subjectieve kans) van 30 procent dat het met een pistool op het slachtoffer schieten tot zijn dood zal leiden.

---

<sup>727</sup> Zie HR 23 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2767.

<sup>728</sup> Vgl. De Hullu 2003, ‘Materieel strafrecht’, p. 237 en Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 405. In paragraaf 7.4 ga ik in op de vraag welke kansgrootte de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ zou moeten markeren.

- 3b. De objectieve kans dat het met een pistool op het slachtoffer schieten tot zijn dood zal leiden, is 50 procent.

Als bij voorwaardelijk opzet zowel sprake moet zijn van een aanmerkelijke kans in subjectieve als in objectieve zin (benadering 3), dan kan alleen in het derde voorbeeld (pistool) opzet worden aangenomen. Zowel de subjectieve kans van 30 procent als de objectieve kans van 50 procent is hoger dan de arguendo op 10 procent gestelde ondergrens.

Als voorwaardelijk opzet alleen een aanmerkelijke kans in subjectieve zin veronderstelt (benadering 1), dan is ook in het eerste voorbeeld (voodoo-pop) sprake van opzet. Hoewel de objectieve kans 0 procent is, volstaat de actors overtuigingsgraad van 30 procent voor het aannemen van opzet.<sup>729</sup>

Als voorwaardelijk opzet alleen een aanmerkelijke kans in objectieve zin veronderstelt (benadering 2), dan is in het tweede voorbeeld (hamer) sprake van opzet. Hoewel de subjectieve kans van 1 procent niet als aanmerkelijk kan worden beschouwd, is toch sprake van opzet omdat de objectieve kans 50 procent is.

Blomsma lijkt te suggereren dat de Hoge Raad alleen een aanmerkelijke kans in objectieve zin eist (benadering 2).<sup>730</sup> Deze benadering valt moeilijk te verenigen met de bewoordingen waarmee de Hoge Raad het voorwaardelijk opzet omschrijft. Volgens de Hoge Raad is voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg aanwezig "indien de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat dat gevolg zal intreden."<sup>731</sup> De wetsgeschiedenis over opzet en taalconventies brengen mee dat intentionele termen betrekking hebben op de woorden die op de term volgen.<sup>732</sup> Daaruit volgt dan dat de cognitieve component, die hier wordt uitgedrukt door de term 'bewust', gericht is op de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden. Daar komt bij dat de Hoge Raad in Hiv-arrest I expliciet benoemt dat vereist is "dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden".<sup>733</sup> Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat bewustheid van een niet-aanmerkelijke kans niet volstaat voor de cognitieve component. Het enkel en alleen eisen van een aanmerkelijke kans in objectieve zin zou goed passen bij de in paragraaf 3.4.4 besproken normatieve opzettheorie. Aan gedragingen die een aanmerkelijke kans op een strafrechtelijk relevant gevolg met zich meebrengen, zou in die benadering de sociale betekenis van opzet toegekend

<sup>729</sup> Het als opzet bestempelen van deze geestesgesteldheid brengt niet automatisch mee dat sprake is van strafrechtelijke aansprakelijkheid. In dit geval ligt het voor de hand het voorval als een absoluut ondeugdelijke poging te karakteriseren. Zie ook paragraaf 7.3.3.3.

<sup>730</sup> Blomsma 2012, '*Mens rea* and defences in European criminal law', p. 114. In paragraaf 5.4.3 (voetnoot 349) heb ik betoogd dat de bronnen die Blomsma aanvoert voor deze stelling daarvoor geen rechtvaardiging bieden.

<sup>731</sup> HR 23 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2767.

<sup>732</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 374-381.

<sup>733</sup> HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049.

kunnen worden. Dat de actor die kans zelf niet als aanmerkelijk percipieert, doet daar niet aan af.

In mijn proefschrift heb ik de opvatting verdedigd dat bij voorwaardelijk opzet alleen sprake hoeft te zijn van een aanmerkelijke kans in subjectieve zin (benadering 1).<sup>734</sup> De Hoge Raad lijkt daarover evenwel anders te denken. Volgens de Hoge Raad is voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg aanwezig “indien de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat dat gevolg zal intreden.”<sup>735</sup> Uit die formulering lijkt te volgen dat een subjectieve kans niet volstaat: er moet tevens sprake zijn van een aanmerkelijke kans in objectieve zin.<sup>736</sup> De term ‘bewust’ impliceert – anders dan andere cognitieve termen als ‘veronderstellen’ en ‘denken’ – dat het object van de psychische gesteldheid waar is.<sup>737</sup> Daarbij komt dat de Hoge Raad in een tweetal arresten expliciet heeft laten blijken dat bij voorwaardelijk opzet ook sprake moet zijn van een aanmerkelijke kans in objectieve zin.

In HR 6 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2760 had de verdachte vanaf de straat een schot gelost op de ruit van de woonkamer van een op de tweede etage gelegen appartement. De verdachte wist dat zijn ex-vrouw en haar zus zich in het appartement bevonden. Het Hof achtte poging tot zware mishandeling ten aanzien van beide zussen bewezen. De Hoge Raad casseerde de bewezenverklaring ten aanzien van de zus van de ex-vrouw van de verdachte, omdat uit de bewijsmiddelen en de bewezenverklaring niet bleek dat zij zich toen in de woonkamer had bevonden. Daarom was het volgens de Hoge Raad niet zonder meer begrijpelijk dat het Hof had geoordeeld dat een aanmerkelijke kans bestond dat de kogel via het plafond of via een ander voorwerp van baan zou veranderen en haar zou raken.

In HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6765 (Groninger schietzaak) ging de verdachte, die in een discotheek in Groningen klappen gehad had van een man, naar de woning van deze man (die als slachtoffer wordt aangeduid). Na een aantal keren op de voordeur te hebben geklopt, schoot de verdachte twee kogels door de voordeur van de woning. Het Hof overwoog dat de verdachte “hiermee willens en wetens de aanmerkelijke kans [heeft] aanvaard dat [slachtoffer] – van wie hij immers kon verwachten dat deze zich mogelijk achter de deur zou bevinden – dodelijk geraakt werd door één van de kogels.” De Hoge Raad casseerde met verwijzing naar het hiervoor besproken arrest:

---

<sup>734</sup> Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 391-407.

<sup>735</sup> HR 23 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2767.

<sup>736</sup> In paragraaf 7.3.3.2 zal ik overigens betogen dat geen doorslaggevende waarde toegekend moet worden aan de woorden waarmee voorwaardelijk opzet wordt gedefinieerd.

<sup>737</sup> Vgl. Shute 2002, ‘Knowledge and belief in the criminal law’, p. 185. In paragraaf 7.2.3 heb ik betoogd dat de objectieve kans ook subjectief van aard is. Dat maakt het lastiger om van waarheid te spreken. Dat begrip zou in deze context opgevat kunnen worden als de intersubjectieve kansinschatting, die gebaseerd is op in de maatschappij gecumuleerde kennis. Iemand is zich bewust van de aanmerkelijke kans als zowel hij als wij (de maatschappij) de kans aanmerkelijk achten.

"Dat sprake was van een aanmerkelijke kans dat [slachtoffer] door de in de bewezenverklaring bedoelde schoten dodelijk zou worden getroffen, kan niet zonder meer uit 's Hofs bewijsvoering volgen. Die houdt immers in dat [slachtoffer] zich ten tijde van het lossen van de schoten in de slaapkamer bevond terwijl die slaapkamer niet in het verlengde van de voordeur was gelegen. Gelet hierop is 's Hofs oordeel dat een aanmerkelijke kans bestond dat een van de kogels hem dodelijk zou raken, niet zonder meer begrijpelijk (...)."

Met name het laatste arrest biedt steun aan de opvatting dat de Hoge Raad een objectieve koers vaart. In deze zaak gaf het Hof namelijk een reden om te veronderstellen dat de kans door de verdachte als aanmerkelijk werd gepercipieerd. Het Hof overwoog immers dat de verdachte kon verwachten dat het slachtoffer zich mogelijk achter de deur zou bevinden. De Hoge Raad neemt uitdrukkelijk afstand van dit perspectief door bij het duiden van de kansgrootte acht te slaan op een factor die niet aan de verdachte bekend kon zijn. Uit de wijze waarop de Hoge Raad de kans vaststelt, blijkt dat hij belang hecht aan de objectieve kans. Daarmee is overigens niet gezegd dat bij het vaststellen van de objectieve kans uitgegaan moet worden van het door de Hoge Raad ingenomen perspectief. In paragraaf 7.5 zal ik betogen dat de Hoge Raad de objectieve kansgrootte op andere wijze had moeten benaderen.

### **7.3.3 De onwenselijkheid van een objectief kansvereiste voor voorwaardelijk opzet**

#### *7.3.3.1 Inleiding*

In mijn proefschrift heb ik nauwelijks aandacht geschonken aan de opvatting dat voorwaardelijk opzet een aanmerkelijke kans in objectieve zin vereist. Ik ging er – zonder al te veel motivering – van uit dat bij voorwaardelijk opzet alleen sprake dient te zijn van een aanmerkelijke kans in subjectieve zin. In deze paragraaf zal ik stilstaan bij de vraag of een objectief kansvereiste voor voorwaardelijk opzet wenselijk is. In paragraaf 7.3.3.2 tot 7.3.3.5 analyseer ik vier argumenten die voor een objectief kansvereiste pleiten. Ik zal betogen dat deze argumenten geen van alle overtuigend zijn. In paragraaf 7.3.3.6 maak ik de balans op en zal ik betogen dat voorwaardelijk opzet niet belast zou moeten worden met een objectief kansvereiste.

#### *7.3.3.2 Eerste argument: bewustheid van een kans veronderstelt een correlaat in de werkelijkheid*

Het eerste argument voor een objectief kansvereiste is taalkundig van aard. Knigge & Wolswijk stellen om te beginnen dat het inlezen van een objectief vereiste in voorwaardelijk opzet niet goed lijkt te passen in de opvatting dat

opzet een psychologisch begrip is.<sup>738</sup> Daar brengen ze vervolgens tegenin dat kennis en wetenschap die niet betrokken is op een reël bestaande buitenwereld geen echte kennis en geen echt weten is. Volgens Knigge & Wolswijk kan iemand zich niet bewust zijn van een aanmerkelijke kans als die kans in feite niet aanwezig is. Dwaling zou daarom dus geen opzet opleveren. Het bewustzijn van de actor moet volgens de auteurs corresponderen met de feitelijke situatie.

De opvatting van Knigge & Wolswijk kan mij niet overtuigen. Het is op zichzelf beschouwd juist dat sommige intentionele termen veronderstellen dat het object van de met de term uitgedrukte psychische gesteldheid waar is. Dat geldt bijvoorbeeld voor de door Knigge & Wolswijk genoemde termen 'kennis' en 'wetenschap'.<sup>739</sup> Een overtuiging die niet waar is, geldt niet als kennis. Als voortgebouwd wordt op de in de doctrine gangbare opvatting dat opzet veronderstelt dat sprake is van 'weten', dan lijkt de conclusie van Knigge & Wolswijk inderdaad gerechtvaardigd. Het is echter de vraag of deze gevolgtrekking moet worden verbonden aan de conventie om de cognitieve component van opzet aan te duiden met 'weten'. In de Engelse doctrine pleegt de cognitieve component van opzet te worden aangeduid met de term 'belief'.<sup>740</sup> De term 'belief' (geloof; overtuiging) veronderstelt niet dat het object ervan waar is. Het komt mij voor dat termen als 'overtuiging' of 'geloof' beter geschikt zijn om de betekenis van de term opzet aan te duiden. Deze termen passen beter bij de betekenis die in het spraakgebruik aan opzet wordt toegekend (doelopzet).<sup>741</sup> Opzet is in die betekenis gericht op een object dat in de toekomst gelokaliseerd is. Iemand heeft het opzet of de bedoeling een bepaald persoon van het leven te beroven. Aangezien het object van deze intentionele term in de toekomst is gelegen, kan men niet weten of het object zich al dan niet zal realiseren. Terugkijkend kan men constateren of het opzet of de bedoeling van de actor zich heeft gerealiseerd. Men kan bijvoorbeeld constateren dat iemands bedoeling het slachtoffer te doden geen bewaarheid is geworden. Het zou vreemd zijn aan het feit dat het slachtoffer de aanval heeft overleefd de conclusie te verbinden dat de actor niet de bedoeling heeft gehad het slachtoffer te doden. Dit laat zien dat de spraakgebruikbetekenis van opzet niet veronderstelt dat de psychische gesteldheid een correlaat in de werkelijkheid heeft dan wel zal krijgen.

Het begrip voorwaardelijk opzet is een operationalisering van (bepaalde) wettelijke termen waarmee het opzet wordt uitgedrukt. Bij de poging gaat het om het begrip voornemen. Als wordt aangenomen dat de verdachte heeft beschikt over voorwaardelijk opzet, dan wordt bewezen verklaard dat de verdachte heeft gehandeld 'ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om opzettelijk het slachtoffer van het leven te beroven...' De archetypische poging wordt gekenmerkt door het feit dat het misdrijf uiteindelijk niet

<sup>738</sup> Knigge & Wolswijk 2015, 'Het materiële strafrecht', p. 118-122.

<sup>739</sup> Vgl. Shute 2002, 'Knowledge and belief in the criminal law', p. 185.

<sup>740</sup> Zie bijv. Simester e.a. 2013, 'Simester and Sullivan's criminal law: theory and doctrine', p. 126-140.

<sup>741</sup> Zie paragraaf 3.2.

is voltrokken.<sup>742</sup> Dat betekent dat de intentionele termen in de bewezenverklaring, die bewezen worden geacht door middel van voorwaardelijk opzet, uiteindelijk geen correlaat in de werkelijkheid hebben. De poging, en hetzelfde geldt voor de poging tot uitlokking en de voorbereiding, is juist bedoeld voor gevallen waarin de intentie van de actor zich niet heeft vertaald in een strafbaar feit.

Tegen deze achtergrond is het de vraag of zo veel waarde moet worden toegekend aan de woorden waarmee voorwaardelijk opzet wordt gedefinieerd. Knigge & Wolswijks opvatting dat 'weten' betrokken moet zijn op een reëel bestaande buitenwereld en mijn opvatting dat 'opzet' daarop niet betrokken hoeft te zijn, zijn beide te herleiden tot een taalkundige conventie. De vraag die voorligt is of we de taalkundige betekenis van het *definiendum* of van het *definiens* de doorslag moeten laten geven. Ik zou menen dat het best aansluiting kan worden gezocht bij het te definiëren begrip. Als opzet geen correlaat behoeft in de zin van het voltooid zijn van het misdrijf, dan is er geen reden waarom voorwaardelijk opzet wel een correlaat behoeft in de zin van de aanmerkelijke kans in objectieve zin. Ik merk daarbij op dat Knigge & Wolswijk in een andere context minder strak aan de taalkundige conventie vasthouden. Bij de opzetvorm doelopzet wordt namelijk enerzijds aangenomen dat sprake is van 'weten', terwijl anderzijds wordt geïmpliceerd dat geen sprake hoeft te zijn van een aanmerkelijke kans in objectieve zin.<sup>743</sup>

In mijn proefschrift heb ik kort stilgestaan bij een mogelijke reden waarom voorwaardelijk opzet wordt uitgedrukt op een wijze die de suggestie wekt dat sprake moet zijn van een aanmerkelijke kans in objectieve zin.<sup>744</sup> Voorwaardelijk opzet wordt in de praktijk vooral gebruikt in een bewijsrechtelijke context. Eerst wordt vastgesteld dat de objectieve kans als aanmerkelijk kan worden bestempeld. Vervolgens wordt daaruit afgeleid dat de verdachte zich wel bewust zal zijn geweest van de aanmerkelijke kans. Er is dan sprake van een bewijsrechtelijk verband tussen de objectieve kans en de subjectieve kans. Aangezien beide kansen als aanmerkelijk worden beschouwd, kan het in dat geval weinig kwaad te spreken van 'bewustheid van de aanmerkelijke kans'. Strikt gezien is de formulering niet van toepassing op het in de praktijk uitzonderlijke geval waarin alleen sprake is van een aanmerkelijke kans in subjectieve zin. In mijn proefschrift heb ik daaraan echter niet de consequentie verbonden dat in dat geval geen sprake is van voorwaardelijk opzet. Het kwam mij voor dat geen contra-intuïtieve materieelrechtelijke consequenties moesten worden verbonden aan een formulering die in een bewijsrechtelijke context pleegt te worden gebruikt. Daaraan voegde ik nog toe dat een formulering waaruit beter blijkt dat het bij opzet alleen gaat om de kansinschatting van de actor eigenlijk de voorkeur zou verdienen.

<sup>742</sup> Uit HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6362 (Groninger hiv-zaak) volgt dat het niet voltooien van het misdrijf door de verdachte geen vereiste van de poging is.

<sup>743</sup> Knigge & Wolswijk 2015, 'Het materiële strafrecht', p. 112, 122 en 230.

<sup>744</sup> Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 391-394.

Alles overziend meen ik dat de wijze waarop voorwaardelijk opzet wordt gedefinieerd op zichzelf beschouwd geen overtuigend argument oplevert om een objectief kansvereiste aan voorwaardelijk opzet te stellen. Dat neemt niet weg dat er andere, niet-taalkundige argumenten zouden kunnen zijn die toch nopen tot het eisen van een aanmerkelijke kans in objectieve zin. In paragraaf 7.3.3.3 tot 7.3.3.5 sta ik stil bij een drietal inhoudelijke argumenten.

*7.3.3.3 Tweede argument: het objectieve kansvereiste garandeert de straffeloosheid van de ondeugdelijke poging*

Het tweede argument voor een objectief kansvereiste houdt verband met het leerstuk van de ondeugdelijke poging. De Hullu stelt dat het eisen van een aanmerkelijke kans in objectieve zin van belang is om de absoluut ondeugdelijke poging straffeloos te houden.<sup>745</sup> Hij verwijst daarbij naar de conclusie van Advocaat-Generaal Knigge bij HR 18 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4871. Knigge merkt daarin het volgende op over de verhouding tussen voorwaardelijk opzet en de ondeugdelijke poging:

“Het benadrukken van het objectieve element in het opzet is vooral van belang als het gaat om een poging het misdrijf te plegen. Als hier de subjectieve voorstelling van de dader alles bepalend zou zijn, maakt de vrouw die haar buurman tracht dood te bidden, zich schuldig aan poging tot doodslag. Dat komt, omdat het leven van de buurman – afgaande althans op algemene ervaringsregels – geen enkel gevaar heeft gelopen, dicht in de buurt van het bestraffen van de laakbare intentie. Voor een strafbare poging mag daarom worden geëist dat het beschermde rechtsgoed daadwerkelijk in gevaar is gebracht. Dit gezegd zijnde, rijst de vraag hoe het objectieve element in de opzeteis zich verhoudt tot het leerstuk van de ondeugdelijke poging en tot het daarbij gemaakte onderscheid van de absoluut en de relatief ondeugdelijke poging.”<sup>746</sup>

De opvatting dat het eisen van een aanmerkelijke kans in objectieve zin van belang is om de absoluut ondeugdelijke poging straffeloos te houden, is voor betwisting vatbaar.<sup>747</sup> Het leerstuk van de ondeugdelijke poging lijkt mij juist primair van belang om gevallen waarin wél sprake is van opzet toch niet als poging te kunnen bestempelen.<sup>748</sup> In het door Knigge gegeven voorbeeld zou ik zeggen dat de intentie van de actor wel degelijk een ‘voornemen’ in de zin van art. 45 Sr oplevert. Het feit dat het beschermde rechtsgoed niet daadwer-

---

<sup>745</sup> De Hullu 2015, ‘Materieel strafrecht’, p. 240.

<sup>746</sup> Conclusie Advocaat-Generaal Knigge bij HR 18 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4871 (punt 14).

<sup>747</sup> Vgl. Knigge & Wolswijk 2015, ‘Het materiële strafrecht’, p. 122 en 230. Zij werpen de vraag of de straffeloosheid van de ondeugdelijke poging wel door een restrictieve uitleg van het opzetbegrip moet worden gerealiseerd op bij het twistpunt of ook bij doel-opzet sprake dient te zijn van een aanmerkelijke kans in objectieve zin.

<sup>748</sup> Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 393.

kelijk in gevaar is gebracht, is van belang voor de objectieve component van de poging. In dit geval lijkt mij geen sprake te zijn van 'een begin van uitvoering' in de zin van art. 45 Sr.<sup>749</sup>

Ook in gevallen waarin een als absoluut ondeugdelijk bestempelde handeling toch gepaard gaat met een gevolg, is het niet nodig het opzetbegrip met een objectief kansvereiste te belasten om straffeloosheid te bereiken. Stel, het beoogde slachtoffer in Knigges voorbeeld raakt op de hoogte van de poging tot doodbidden en komt als gevolg van hevige emoties te overlijden aan de gevolgen van een hartaanval. Voor zover in dat geval straffeloosheid moet worden aangenomen, kan dat op twee manieren buiten het opzetbegrip bereikt worden. In de eerste plaats zou men de straffeloosheid in de causaliteit kunnen lokaliseren. De wijze waarop het gevolg is ingetreden zou als zo onvoorzienbaar of atypisch kunnen worden bestempeld dat het niet redelijk is causaal verband aan te nemen.<sup>750</sup> Er kan dan niet bewezen worden dat de actor het slachtoffer van het leven heeft beroofd. Een tweede manier om straffeloosheid te bereiken, heeft betrekking op de vereiste correspondentie tussen het opzet en de actus reus.<sup>751</sup> Aangenomen zou kunnen worden dat onvoldoende correspondentie bestaat tussen het opzet-object (het slachtoffer wordt door een goddelijke kracht van het leven beroofd) en de actus reus (het slachtoffer komt door de door de actor veroorzaakte schrik om het leven). Ook in dat geval wordt de straffeloosheid dus buiten het opzetbegrip gerealiseerd. Correspondentie maakt geen deel uit van het opzetbegrip.<sup>752</sup> Het is een juridisch construct dat de psychische gerichtheid op het opzet-object en de buiten de psyche van de actor gelegen actus reus met elkaar verbindt.

#### 7.3.3.4 *Derde argument: het objectieve kansvereiste vormt een materieelrechtelijke bewijsdrempel*

Een derde argument voor een objectief kansvereiste zou ontleend kunnen worden aan de wens het bewijs van voorwaardelijk opzet aan grenzen te stellen.<sup>753</sup> Bij voorwaardelijk opzet moet de actor beschikken over de bewustheid van een aanmerkelijke kans. Het tot een bewijsthema verheffen van de aanmerkelijke kans in objectieve zin verkleint mogelijk het gevaar van onjuiste inferenties van opzet. De feitenrechter kan de stap naar het subjectieve alleen

<sup>749</sup> Vgl. Knigge & Wolswijk 2015, 'Het materiële strafrecht', p. 229.

<sup>750</sup> Het verdient opmerking dat in de doctrine algemeen wordt aangenomen dat het – ceteris paribus – eerder redelijk is het gevolg toe te rekenen als de actor beschikt over (doel)opzet. Vgl. Knigge & Wolswijk 2015, 'Het materiële strafrecht', p. 92. Het niet laten aantasten van opzet door de ondeugdelijkheid maakt het dus in zekere zin lastiger de causaliteit aan te tasten. Ik acht het verdedigbaar hier geen causaal verband aan te nemen, omdat de kans op de dood in casu verwaarloosbaar klein is.

<sup>751</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 288-290 en 374-381. Zie ook paragraaf 6.6.2.4.

<sup>752</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 377-380.

<sup>753</sup> Vgl. Kwakman 2007, 'De opzet van het opzet', p. 299-300. Zie ook noot Mevis onder HR 2 april 2002, NJ 2002, 421.



zetten indien sprake is van een aanmerkelijke kans in objectieve zin.<sup>754</sup> Daardoor wordt voorkomen dat de feitenrechter de voorwaardelijk opzet benodigde overtuigingsgraad van de actor zou baseren op inferentieregels die moeilijk voor weerlegging vatbaar zijn. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan criteria die doorslaggevende waarde toekennen aan de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging.<sup>755</sup>

Het is sterk de vraag of de wens het bewijs van voorwaardelijk opzet aan grenzen te stellen, gerealiseerd moet worden via het materiële recht. Het tot een bewijsthema verheffen van een op zichzelf beschouwd valide inferentieregel heeft namelijk tot gevolg dat de inferentieregel ook heeft te gelden in gevallen waarin dat niet geëigend is. Het gaat dan om gevallen waarin de voor opzet vereiste psychische gesteldheid buiten redelijke twijfel staat, hoewel geen sprake is van een aanmerkelijke kans in objectieve zin. Als men van mening is dat de subjectieve instelling van de actor – het handelen ondanks het voorzien van een aanmerkelijke kans op de dood – in beginsel reeds zo laakbaar is dat strafbaarheid voor een doleus delict moet volgen,<sup>756</sup> dan moet geen objectief kansvereiste gesteld worden. Het positieve gevolg van het vereiste (voorkomen dat opzet ten onrechte bewezen wordt) gaat dan immers gepaard met een onwenselijk nevengevolg (opzet kan soms ten onrechte niet bewezen worden).

Een manier om de baby niet met het badwater weg te gooien, is door de inferentieregel slechts als een uitgangspunt voor het bewijs te bestempelen. De voor voorwaardelijk opzet benodigde overtuigingsgraad van de actor (subjectieve kans) moet dan in beginsel worden afgeleid uit de aanmerkelijke kans in objectieve zin. Als uit verklaringen van de verdachte, getuigenverklaringen

---

<sup>754</sup> Het verdient opmerking dat de hier centraal staande ratio, waarbij de aan de objectieve kans te stellen eisen in dienst staan van het bewijs van de subjectieve kans (bewustheid), niet ten grondslag kan hebben gelegen aan de twee in paragraaf 7.3.2 besproken arresten. Bij beide schietincidenten werd bij het bepalen van de objectieve kans immers acht geslagen op een factor die niet aan de verdachte bekend kon zijn (de plaats waar het slachtoffer zich bevond). Dit zou als een kwalijke bijwerking van het tot bewijsthema verheffen van de aanmerkelijke kans in objectieve zin gezien kunnen worden. Er kan immers ook geen veroordeling volgen in het geval er overtuigende aanwijzingen zijn dat de verdachte de kans op de dood wel als aanmerkelijk percipieerde. In paragraaf 7.5 zal ik evenwel uiteenzetten dat de keuze om acht te slaan op factoren die niet aan de actor bekend waren geen uitvloeisel is van een objectief kansvereiste. Dat betekent dat de objectieve kans in beide arresten ook geïnterpreteerd had kunnen worden op een wijze die meer recht doet aan een eventueel te maken bewijsrechtelijke inferentie.

<sup>755</sup> Een voorbeeld daarvan is het criterium dat in HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049 (Hiv-arrest I) werd geformuleerd met het oog op ‘aanvaarden’. Toegepast op de cognitieve component zou het criterium als volgt kunnen luiden: bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zozeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte een aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft voorzien.

<sup>756</sup> In paragraaf 7.3.3.5 sta ik stil bij de vraag of een aanmerkelijke kans in subjectieve zin zou moeten volstaan voor opzet.

of andere bronnen echter duidelijk zou blijken dat de actor de kans als aanmerkelijk percipieerde, dan hoeft de afwezigheid van de aanmerkelijke kans in objectieve zin niet aan het bewijs van opzet in de weg te staan.<sup>757</sup>

### 7.3.3.5 *Vierde argument: de zwakke intentionele betrekking behoeft compensatie*

De Jong wijst op een vierde argument voor het eisen van een aanmerkelijke kans in objectieve zin.<sup>758</sup> Bij voorwaardelijk opzet is de intentionele betrekking tussen de gedraging en het gevolg volgens hem heel zwak. De eis van de aanmerkelijke kans kan worden beschouwd als een compensatie voor de omstandigheid dat het opzet wordt afgezwakt tot het louter bewust aanvaarden van een kans. Voor het argument van De Jong valt vanuit normatief perspectief wel wat te zeggen. Dat is in het bijzonder het geval bij onvoltooide delictsvormen, zoals de poging. Het is bepaald niet vanzelfsprekend dat voorwaardelijk opzet voldoende wordt geacht voor de poging.<sup>759</sup> In de Engelse doctrine is dat bijvoorbeeld niet het geval.<sup>760</sup> Tegen deze achtergrond zou betoogd kunnen worden dat in het geval van voorwaardelijk opzet behoorlijk wat gevaar aanwezig moet zijn om een poging aan te kunnen nemen. Hetzelfde zou betoogd kunnen worden ten aanzien van de voorbereiding en de poging tot uitlokking.

De vraag is wel of de behoefte het gebrek in het subjectieve te compenseren even sterk gevoeld wordt bij voltooide delicten. Bij ernstige gevolgen volstaat schuld om de strafrechtelijke aansprakelijkheid te vestigen. De gedragingen die aanleiding geven tot culpose aansprakelijkheid gaan in de regel gepaard met een uiterst geringe kans op het gevolg.<sup>761</sup> Bij door het gevolg gekwalificeerde of gemeengevaarlijke delicten zijn de gevolgen geobjectiveerd, zodat een causaal verband volstaat. Ook bij deze delicten staat een kleine kans op het gevolg niet aan aansprakelijkheid in de weg. Als de behoefte aan compensatie bij het geheel afwezig zijn van een intentionele betrekking kennelijk niet wordt gevoeld, dan is het de vraag waarom compensatie vereist zou zijn in gevallen waarin er wél een intentionele betrekking is.<sup>762</sup> Die rechtvaardiging zou mogelijk gelegen kunnen zijn in het hogere strafmaximum dat gepaard gaat met doleuze delicten. Het hoge strafmaximum is in die benadering

<sup>757</sup> Vgl. HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049 (Hiv-arrest I), waarin “verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen” zelfs voorop worden gesteld bij het bewijs van opzet.

<sup>758</sup> De Jong 2009, ‘Daad-Schuld’, p. 342-343.

<sup>759</sup> Keijzer betoogt in zijn noot onder HR 8 januari 2013, NJ 2013, 112 dat voorwaardelijk opzet niet zou moeten volstaan bij de poging. Keiler 2013, ‘*Actus reus* and participation in European criminal law’, p. 390 wijst erop dat ook in Duitsland soms wordt geaard tegen het feit dat voorwaardelijk opzet voldoende is voor de poging.

<sup>760</sup> Vgl. Keiler 2013, ‘*Actus reus* and participation in European criminal law’, p. 383-391.

<sup>761</sup> Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 49-54.

<sup>762</sup> Vgl. Machiels 2016, aantekening 5.3.5 over ‘opzet’ (NLR).

slechts gerechtvaardigd indien de combinatie van subjectieve en objectieve factoren boven een bepaalde drempel uitstijgt.

Indien de behoefte gevoeld wordt de relatief kleine intentionele bijdrage bij voorwaardelijk opzet te compenseren, is daarmee niet gezegd dat dit binnen het opzetbegrip plaats zou moeten vinden. Bij de poging zou de compensatie plaats kunnen vinden via de interpretatie van het begrip 'begin van uitvoering'. Dat zou betekenen dat bij voorwaardelijk opzet meer objectief gevaar vereist is dan in het geval van doelopzet.<sup>763</sup> Deze interpretatie verdraagt zich goed met het Cito-criterium. Bij een doelopzettelijke gedraging is de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm eerder op voltooiing van het misdrijf gericht. Als het objectieve kansvereiste niet binnen het voorwaardelijk opzet wordt gelokaliseerd, dan bestaat ook de mogelijkheid de eis niet te stellen bij voltooide delicten. Hierboven is uiteengezet dat er minder grond lijkt te zijn ook bij voltooide delicten te compenseren voor het gebrek aan intentionaliteit. Voor zover compensatie daar wel gewenst zou worden, kan dat een plaats krijgen binnen de causaliteit of de correspondentie.

In het bovenstaande is uiteengezet hoe de behoefte aan compensatie buiten het opzetbegrip gestalte zou kunnen krijgen. Ik zal nu stilstaan bij de vraag of het überhaupt aanbeveling verdient de minder sterke intentionele betrekking van voorwaardelijk opzet te compenseren. Ik zou menen dat dat niet het geval is. Een belangrijke rechtvaardiging voor het buiten de spraakgebruikbetekenis van doelopzet uitbreiden van opzet, is dat zekerheidsopzet en voorwaardelijk opzet de actor ook relatief veel controle bieden over het al dan niet plaatsvinden van strafbare feiten.<sup>764</sup> Het feit dat de actor een aanmerkelijke kans voorziet, biedt hem in de regel – strafuitsluitingsgronden daargelaten – een billijke mogelijkheid af te zien van zijn handeling. De hoeveelheid controle die gepaard gaat met deze geestesgesteldheid is van groot belang voor de strafwaardigheid. De actor laat zien dat hij bereid is te handelen ondanks het voorzien van een aanmerkelijke kans. Het komt mij voor dat de mate van controle en de daarmee gepaard gaande verderfelijke in de regel dermate groot zijn dat het aannemen van opzet zelfstandig gerechtvaardigd wordt. Dat brengt mee dat geen compensatie aan de objectieve zijde nodig is.

Het verdient opmerking dat mijn opvatting zich laat herleiden tot een morele intuïtie die niet of nauwelijks te herleiden is tot een diepere rechtvaardiging. Dat betekent dat een andere morele intuïtie, zoals de intuïtie dat de intentionele betrekking van voorwaardelijk opzet heel zwak is, op zichzelf beschouwd even goede papieren heeft. Het komt mij echter voor dat de intuïtie dat de intentionele betrekking van voorwaardelijk opzet heel zwak is tot uiting zou moeten komen in de aan opzet te stellen *subjectieve* eisen. Dat brengt mee dat opzet zo geïnterpreteerd zou moeten worden dat het niet no-

---

<sup>763</sup> Vgl. conclusie Advocaat-Generaal Knigge bij HR 18 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4871 (punt 18).

<sup>764</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 418-420. Zie ook paragraaf 4.7 en 5.2.4.3 over het belang van controle.

dig is tot compensatie over te gaan. Dat zou bijvoorbeeld kunnen geschieden door de ondergrens van opzet bij zekerheids- of waarschijnlijkheidsopzet te leggen. Daarbij laat zich ook een gedifferentieerde benadering denken door die hogere eisen alleen te stellen bij onvoltooide delicten.<sup>765</sup> In die benadering wordt het feit dat er objectief gezien nog relatief weinig gebeurd is, gecompenseerd door de subjectieve eisen van opzet te verzwaren. Compensatie vindt dan echter niet plaats door een wezensvreemd element – de aanmerkelijke kans in objectieve zin – in het opzetbegrip op te nemen.

### *7.3.3.6 Besluit: het opzetbegrip moet niet belast worden met een wezensvreemd element*

In de bovenstaande paragrafen heb ik vier argumenten besproken die voor een objectief kansvereiste pleiten: het taalkundige argument dat bewustheid van een kans een correlaat in de werkelijkheid vereist, de wens de ondeugdelijke poging straffeloos te houden, de wens het bewijs van voorwaardelijk opzet aan grenzen te stellen en de behoefte het gebrek in het subjectieve te compenseren. Ik acht geen van deze argumenten overtuigend. Daarbij is onder meer van belang dat de desiderata beter buiten het opzetbegrip gerealiseerd zouden kunnen worden.

De verwerping van het vierde argument – de zwakke intentionele betrekking zou compensatie behoeven – vormt tevens een argument dat tegen een objectief kansvereiste pleit. In mijn optiek is er geen noodzaak het opzetbegrip te belasten met een wezensvreemd element. Zoals in de bovenstaande paragraaf is uiteengezet, zijn de controle en verderfelijkheid die gepaard gaan met de voor voorwaardelijk opzet vereiste geestesgesteldheid voldoende groot om doleuze aansprakelijkheid zelfstandig te rechtvaardigen.

Tot slot van deze paragraaf sta ik stil bij een praktisch argument dat tegen een objectief kansvereiste pleit. Het eisen van een aanmerkelijke kans in objectieve zin brengt complexiteiten met zich mee waarmee men de rechtspraktijk wellicht liever niet wenst op te zadelen. In paragraaf 7.5 besteed ik aandacht aan de vraag hoe de aanmerkelijke kans in objectieve zin moet worden vastgesteld. In dat verband doen zich twee belangrijke complexiteiten voor. In de eerste plaats moet antwoord gegeven worden op de lastige vraag welk perspectief moet worden ingenomen bij het bepalen van de objectieve kansgrootte. In de tweede plaats is het onder omstandigheden noodzakelijk een complexe en tijdrovende procedure te volgen om de kans in te schatten. Hieronder besteed ik alvast kort aandacht aan beide punten.

Als men de objectieve kansgrootte wenst te bepalen, dan dient men eerst de lastige vraag te beantwoorden welk perspectief ingenomen moet worden. Als een onjuist perspectief tot uitgangspunt wordt genomen, dan komt dat tot

---

<sup>765</sup> Vgl. Smith 2003, 'Strafbare voorbereiding: een rechtsvergelijkend onderzoek', p. 212-221.

uiting in een onjuiste kansbepaling. Dat doet zich bijvoorbeeld voor als bij het bepalen van de kansgrootte acht wordt geslagen op factoren die niet aan de actor bekend waren of konden zijn. Zo zou men de kans dat een voorgenomen diefstal slaagt op 0 procent kunnen stellen indien blijkt dat de kassa of kluis leeg is.<sup>766</sup> Daaraan zou – indien het gaat om voorwaardelijk opzet – de conclusie kunnen worden verbonden dat geen sprake is van opzet, aangezien geen aanmerkelijke kans in objectieve zin aanwezig is. Het hanteren van een objectief kansvereiste noopt op zichzelf beschouwd niet tot het trekken van deze – in mijn optiek onjuiste – conclusie. Als het objectieve kansvereiste juist wordt ingevuld, dan zullen dergelijke onwenselijke consequenties zich niet voordoen. Helaas geeft de Hoge Raad in de twee in paragraaf 7.3.2 genoemde arresten ten aanzien van schietincidenten zelf aanleiding tot het innemen van een foutief perspectief.<sup>767</sup> Dat brengt mee dat de kans dat het objectieve kansvereiste onjuist wordt geïnterpreteerd bepaald niet als denkbeeldig te verwaarlozen is. Daarnaast kan nog worden gewezen op een andere complexiteit die samenhangt met de perspectiefkeuze in verband met de objectieve kansbepaling. De grootte van de objectieve kans is namelijk niet onafhankelijk van de psychische gesteldheid van de actor.<sup>768</sup> Het objectieve kansvereiste kan daarom leiden tot een soort droste-effect.

Een ander bezwaar tegen het objectieve kansvereiste is dat het verplichtingen kan scheppen die de rechtspraak niet kan of niet wil waarmaken. Knigge & Wolswijk betogen in het voetspoor van De Hullu dat het kansoordeel van de rechter een globaal karakter moet hebben.<sup>769</sup> Voor zover bedoeld wordt dat het kansoordeel niet preciezer of diepgaander hoeft te zijn dan nodig is, sluit ik me daarbij aan. Als evident is dat de kansgrootte aanmerkelijk of juist niet aanmerkelijk is, dan is verdere precisering overbodig. Als het er echter om spant of de ondergrens – wat deze ook moge zijn – al dan niet wordt gehaald, dan is een diepgravend onderzoek naar mijn mening op zijn plaats. Het kan dan onder omstandigheden ook aanbeveling verdienen de hulp van deskundigen in te roepen. Knigge & Wolswijk lijken echter te vinden dat een globaal oordeel van de rechter in alle gevallen zou moeten volstaan:

“Als een rechter zelf pas op basis van een diepgravend onderzoek naar de feitelijke situatie en voorgelicht door een stoet aan deskundigen kan vaststellen dat sprake was van een aanmerkelijke kans, kan hij moeilijk tot het oordeel komen dat de verdachte, die het zonder deze specifieke kennis moest stellen en die weinig tijd tot nadenken had, direct al het besef had dat de kans aanmerkelijk was. Met andere woorden: omdat het kansbesef van de verdachte niet anders dan op een globale kennis van de werkelijkheid kan zijn geba-

<sup>766</sup> Zie bijv. Kooijmans 2015, ‘Interferentie van materieelstrafrechtelijke leerstukken: voorbereiding van moord’, p. 492-493.

<sup>767</sup> HR 6 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2760 en HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6765. Zie hierover paragraaf 7.5.

<sup>768</sup> Zie paragraaf 7.5.2.

<sup>769</sup> Knigge & Wolswijk 2015, ‘Het materiële strafrecht’, p. 118-122. Zie De Hullu 2015, ‘Materieel strafrecht’, p. 240-241.

seerd, zal ook het kansoordeel van de rechter een globaal karakter moeten hebben.”<sup>770</sup>

Deze argumentatie kan mij niet overtuigen. Knigge & Wolswijk hebben een punt als het vaststellen van de objectieve kans uitsluitend een bewijsrechtelijke functie heeft.<sup>771</sup> Dat wil zeggen dat het vaststellen van de objectieve kans alleen van belang is om iets te kunnen zeggen over de subjectieve kans – de overtuigingsgraad – van de actor. Zo lijkt de Hoge Raad het echter niet bedoeld te hebben. De aanwezigheid van een aanmerkelijke kans in objectieve zin wordt door de Hoge Raad als een zelfstandige eis van voorwaardelijk opzet gepresenteerd. Ik zou menen dat *dán* ook gekomen moet worden tot de best mogelijke kansinschatting, voor zover dat juridisch relevant is. Indien men die consequentie niet wenst te trekken, vormt dat een argument tegen het incorporeren van een objectief kansvereiste in het opzetbegrip.

In mijn visie zou het opzetbegrip niet belast moeten worden met een objectief kansvereiste. Als die eis niet wordt gesteld, dan is het vaststellen van objectieve kansen alleen van belang in het uitzonderlijke geval dat de kans zo klein zou kunnen zijn dat geen poging of causaal verband meer kan worden vastgesteld. Bij het opzet gaat het dan enkel en alleen om het reconstrueren van de psychische gesteldheid van de actor. De door Knigge & Wolswijk verdedigde benadering kan dan onverkort toegepast worden. Het gaat er dan slechts om vast te stellen wat de actor – gegeven de korte tijd die hem ter beschikking stond – voor ogen heeft gehad. Daarvoor volstaat een globaal kansoordeel.

#### **7.4 Een empirisch onderzoek naar de ondergrens van de aanmerkelijke kans**

Deze paragraaf staat voor een belangrijk deel in het teken van een door mij gehouden empirisch onderzoek onder in het strafrecht werkzame juristen. Het gaat daarbij om de vraag welke kansgrootte de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans' zou moeten markeren. Hieronder sta ik eerst stil bij een aantal belangrijke arresten van de Hoge Raad in verband met de betekenis van het begrip 'aanmerkelijke kans'. Vervolgens bespreek ik de wijze waarop het empirische onderzoek heeft plaatsgevonden en ga ik in op de resultaten van het onderzoek. Ten slotte besteed ik aandacht aan de vraag of de uitkomsten van dit onderzoek consequenties moeten hebben voor de interpretatie van het begrip 'aanmerkelijke kans'.

<sup>770</sup> Knigge & Wolswijk 2015, 'Het materiële strafrecht', p. 121-122.

<sup>771</sup> Dit heb ik bepleit in paragraaf 7.3.3.4.

In 2003 deed de Hoge Raad uitspraak in twee belangrijke hiv-zaken.<sup>772</sup> In Hiv-arrest II had het Hof de verdachte veroordeeld voor poging tot doodslag wegens het hebben van onbeschermd seksuele gemeenschap. Het Hof meende dat een aanmerkelijke kans bestond dat het slachtoffer ten gevolge van het seksuele contact met de met het hiv-virus geïnfecteerde verdachte zou komen te overlijden. Bij het bepalen van de aanmerkelijkheid van de kans nam het Hof de zwaarte van het in het geding zijnde rechtsbelang – het menselijk leven – in aanmerking. Deze interpretatie was in overeenstemming met bepaalde in de doctrine verdedigde visies waarbij het begrip ‘aanmerkelijke kans’ werd geïnterpreteerd als ‘onaanvaardbare kans’.<sup>773</sup> In deze visie kan zelfs een geringe kans een onaanvaardbare kans opleveren als een belangrijk rechtsgoed als het leven in het geding is. De Hoge Raad verwierp deze interpretatie echter. De Hoge Raad oordeelde dat er geen grond is de inhoud van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. Het zal in alle gevallen moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk is te achten.

In beide arresten casseerde de Hoge Raad de veroordeling wegens poging tot doodslag. Daarbij sloeg de Hoge Raad acht op de incubatietijd na een besmetting en de onzekerheid of de toen bestaande behandelingen het optreden van aids blijvend zouden kunnen voorkomen. In Hiv-arrest II liet de Hoge Raad echter doorschemeren dat wél uit de gebezigde bewijsmiddelen zou kunnen worden afgeleid dat de verdachte een aanmerkelijke kans in het leven heeft geroepen dat de slachtoffers met het hiv-virus zouden worden besmet en aldus zwaar lichamelijk letsel zouden oplopen. Uit de bewijsmiddelen volgt dat het daarbij gaat om een kansgrootte van circa 0,4 procent (1 op 250).

De Hoge Raad heeft in Hiv-arrest III en Hiv-arrest IV echter afstand genomen van deze lijn.<sup>774</sup> In Hiv-arrest III oordeelde de Hoge Raad dat er in hiv-gevallen alleen sprake kan zijn van een aanmerkelijke kans indien zich bijzondere, risicoverhogende omstandigheden voordoen. In Hiv-arrest IV nam het Hof een aanmerkelijke kans aan, omdat de besmettingskans van 1 op 200 tot 300 nog aanzienlijk werd vergroot door het veelvuldige seksuele contact tussen de verdachte en zijn partner. De Hoge Raad ging hier echter niet in mee en overwoog het volgende: “Dat de verdachte en zijn partner veelvuldig seksuele contacten hebben gehad (...) kan weliswaar als een zekere verhoging van voorgenbedoeld risico worden beschouwd, maar [kan] niet worden aangemerkt als een bijzondere, risicoverhogende omstandigheid”. De Hoge Raad sprak vervolgens zelf vrij.

Het arrest laat onduidelijkheid bestaan over de vraag welke kansgrootte de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ markeert. Duidelijk is dat

<sup>772</sup> HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049 (Hiv-arrest I) en HR 24 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8058 (Hiv-arrest II).

<sup>773</sup> Zie bijv. Nieboer 1978, ‘Wetens en willens’, p. 19; Strijards 1983, ‘Facetten van dwaling in het strafrecht’, p. 71-73; en De Jong 2000, ‘Groeierende aandacht voor het materiele strafrecht?’

<sup>774</sup> HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1860 (Hiv-arrest III) en HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9659 (Hiv-arrest IV).

het *veelvuldig* nemen van de in dat arrest genoemde kans van 1 op 200 tot 300 niet voldoende is, maar uit het arrest blijkt niet hoe vaak seksueel contact heeft plaatsgevonden. Het komt mij voor dat de Hoge Raad de cumulatieve kans behoorlijk bagatelliseert door te spreken van “een zekere verhoging” die zou plaatsvinden na het veelvuldig hebben van seksueel contact. Cumulatieve kansgroottes van iets hoger dan respectievelijk 10 procent, 25 procent, 50 procent of 70 procent kunnen worden bereikt indien een kans van 0,5 procent (1 op 200) respectievelijk 22 keer, 58 keer, 139 keer of 241 keer wordt genomen.<sup>775</sup> Dat lijkt mij niet alleen een substantiële verhoging op te leveren, maar het gaat in de hogere regionen ook om kansgroottes die op zichzelf beschouwd substantieel genoemd mogen worden.

Er kan geconcludeerd worden dat de latere hiv-arresten onduidelijkheid laten bestaan over de vraag welke kansen als aanmerkelijk moeten worden beschouwd in deze context en in andere contexten. De in de eerdere hiv-arresten uitgezette lijn dat de inhoud van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ niet zou moeten afhangen van de aard van het gevolg is echter niet verlaten door de Hoge Raad.<sup>776</sup> Dat betekent dat de minimaal vereiste kansgrootte niet varieert van delict tot delict.

Mogelijk schijnt HR 27 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:132 meer licht op deze kwestie. In deze zaak werd de door de verdachte bestuurde auto achtervolgd door een politieauto. Het Hof stelde vast dat de verdachte op het moment dat hij ongeveer 140 kilometer per uur reed meerdere malen naar links had gestuurd, terwijl hij wist dat een met nagenoeg dezelfde snelheid rijdende politieauto zich naast hem dan wel kort achter hem bevond. Het Hof veroordeelde de verdachte wegens poging tot doodslag op de twee zich in de politieauto bevindende agenten. Het Hof wijdde de volgende overweging aan het opzet en het standpunt van de verdediging dat er geen sprake was van een aanmerkelijke kans dat er een dodelijk ongeluk zou kunnen plaatsvinden:

“Door deze gedragingen heeft verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat door zijn gedragingen een dusdanig ongeval zou kunnen plaatsvinden dat de bestuurder van de politieauto en diens bijrijder zouden kunnen komen te overlijden. Indien twee auto’s met de gegeven snelheid met elkaar in aanraking komen is naar algemene ervaringsregels de kans aanmerkelijk dat er een dusdanig ongeval zal plaatsvinden dat een bestuurder en bijrijder komen te overlijden. Hetgeen de raadvrouw heeft aangevoerd ten aanzien van onder meer de zwaarte en grootte van de beide auto’s, de geoe-

<sup>775</sup> Deze cumulatieve binomiale kansgroottes kan men gemakkelijk bepalen via een online rekenmodule. Zie bijv. <[stattrek.com/online-calculator/binomial.aspx](http://stattrek.com/online-calculator/binomial.aspx)>. Aan deze berekening ligt de veronderstelling ten grondslag dat de individuele kansen onafhankelijk van elkaar zijn. Deze assumptie pleegt ook te worden gemaakt in aan hiv-besmetting gewijd onderzoek. Vgl. Lasry e.a. 2014, ‘HIV sexual transmission risk among serodiscordant couples: assessing the effects of combining prevention strategies’, p. 1523-1524.

<sup>776</sup> Zie bijv. HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862 (Jansen Steur).



fendheid van de bestuurder en het feit dat een botsing kon worden voorkomen door uit te wijken dan wel af te remmen, doet daar niet aan af.”

Het cassatiemiddel klaagt erover dat de bewezenverklaring van het opzet niet naar behoren is gemotiveerd. In de cassatieschriftuur wordt onder meer aangevoerd dat er geen aanmerkelijke kans op een dodelijke afloop was, omdat het relatief eenvoudig is om een inhaalmanoeuvre als de onderhavige af te breken.<sup>777</sup> De Hoge Raad acht het middel gegrond en overweegt het volgende:

“Uit de bewijsvoering kan het in de bewezenverklaring omschreven opzet van de verdachte niet zonder meer worden afgeleid, mede in aanmerking genomen dat het Hof niets heeft vastgesteld waaruit kan volgen dat en in welke mate een ongeval met dodelijke afloop waarschijnlijk was. De bewezenverklaring is ontoereikend gemotiveerd.”<sup>778</sup>

In HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2075 casseerde de Hoge Raad in een vergelijkbare zaak op basis van een gelijkkluidende formulering. Het gaat mij op deze plaats niet om de uitkomst van de toetsing, maar om het criterium waaraan de Hoge Raad toetst. Tegen de achtergrond van het cassatiemiddel gaat het in de eerstgenoemde zaak in de kern om de vraag of uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat sprake was van een aanmerkelijke kans op de dood. Het valt op dat de Hoge Raad in de zojuist geciteerde passage de term ‘aanmerkelijke kans’ niet gebruikt. In plaats daarvan bezigt hij de term ‘waarschijnlijk’. Dat roept de vraag op welke betekenis daaraan moet worden toegekend.

De Hoge Raad lijkt de term ‘waarschijnlijk’ op twee verschillende manieren te gebruiken. De Hoge Raad hecht in de eerste plaats waarde aan het feit dat het Hof niets heeft vastgesteld waaruit kan volgen *in welke mate* een dodelijk ongeval waarschijnlijk was. De Hoge Raad gebruikt de term ‘waarschijnlijk’ hier in een neutrale, graduele zin: het Hof heeft geen relevante informatie verstrekt in verband met de grootte van de kans (hoe groot die kans ook moge zijn).<sup>779</sup> In de tweede plaats acht de Hoge Raad van belang dat het Hof niets heeft vastgesteld waaruit kan volgen *dat* een dodelijk ongeval waarschijnlijk was. In dit geval verwijst de term ‘waarschijnlijk’ niet naar alle mogelijke kansgroottes, maar alleen naar kansgroottes die zodanig groot zijn dat de kwalificatie ‘waarschijnlijk’ op zijn plaats is. Het heeft er alle schijn van dat de Hoge Raad zich hiermee uitlaat over de kansgrootte die vereist is om te kunnen spreken van een aanmerkelijke kans.

---

<sup>777</sup> Zie conclusie Advocaat-Generaal Knigge bij HR 27 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:132 (punt 5.11).

<sup>778</sup> Ik heb ‘dodelijk’ in het citaat weergegeven als ‘dodelijke’.

<sup>779</sup> Ik merk op dat het Hof de aanmerkelijke kans op de dood relateert aan het geval dat een aanrijding zou plaatsvinden: de kans op de dood is aanmerkelijk, gegeven het plaatsvinden van een aanrijding. Zie paragraaf 6.4.4.3.c en 8.3.7 over de onaanvaardbaarheid van een dergelijke redenering.

Op zichzelf beschouwd verwondert het niet dat de term 'waarschijnlijk' (in de laatstgenoemde betekenis) als synoniem wordt gebruikt van het begrip 'aanmerkelijke kans'. In het spraakgebruik hebben deze termen immers een min of meer gelijke betekenis. Bedacht moet echter worden dat het begrip 'aanmerkelijke kans' niet altijd overeenkomstig het spraakgebruik opgevat wordt. Ik doel daarbij in de eerste plaats op de vroeger als interpretatie (en nu als gewenste interpretatie) verdedigde opvatting dat 'aanmerkelijke kans' opgevat moet worden als 'onaanvaardbare kans'.<sup>780</sup> In die opvatting kan bij het delict doodslag genoeg genomen worden met een relatief kleine kansgrootte. In de tweede plaats doel ik op de omstandigheid dat in Hiv-arrest II geïmpliceerd werd dat een kansgrootte van circa 0,4 procent (1 op 250) nog als aanmerkelijk viel te beschouwen. Hoewel de Hoge Raad in Hiv-arrest III en IV afstand nam van deze opvatting, maakte hij niet duidelijk hoeveel licht tussen de oude en de nieuwe interpretatie zat. Bovendien wekte de Hoge Raad de indruk dat de hogere eisen die gesteld werden aan de aanmerkelijke kans vooral van belang waren in de context van de hiv-problematiek.<sup>781</sup>

Tegen de achtergrond van de bovengenoemde omstandigheden zijn de door de Hoge Raad in HR 27 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:132 gekozen bewoordingen niet zonder betekenis. Door het gebruik van de term 'waarschijnlijk' wordt duidelijk dat ook in de verkeerscontext behoorlijk hoge eisen worden gesteld aan het bewijs van de voor opzet vereiste aanmerkelijke kans.

Als de term 'waarschijnlijk' opgevat wordt als een nadere duiding van de term 'aanmerkelijke kans', dan is het de vraag hoe hoog de lat daarmee wordt gelegd. Welke kansgrootte past het best bij de uitdrukking 'waarschijnlijk'? Met betrekking tot de Engelse taal is empirisch onderzoek voorhanden waarin de relatie tussen verbale en numerieke kansuitdrukkingen is onderzocht. In deze onderzoeken werd aan proefpersonen gevraagd welke kansen het best overeenkwamen met de aan hen voorgelegde uitdrukkingen. In tabel 7.1 zijn een aantal uitdrukkingen en de bijbehorende kansen weergegeven. De termen 'probable' en 'likely' lijken de beste vertaling te vormen van de term 'waarschijnlijk'. Deze uitdrukkingen gaan respectievelijk gepaard met een kansgrootte van 71 en 72 procent. Andere empirische onderzoeken laten vergelijkbare resultaten zien.<sup>782</sup> De conclusie kan in elk geval zijn dat de term 'waarschijnlijk' – en hetzelfde geldt voor de term 'aanmerkelijk' – verwijst naar kansgroottes die boven de 50 procent liggen.

<sup>780</sup> Zie voor vroegere opvattingen bijv. Nieboer 1978, 'Wetens en willens', p. 19 en Strijards 1983, 'Facetten van dwaling in het strafrecht', p. 71-73. Zie voor huidige opvattingen bijv. Rozemond 2011, 'De methode van het materiële strafrecht', p. 65-67 (ten aanzien van voltooide delicten) en Machielse 2016, aantekening 5.3.5 over 'opzet' (NLR).

<sup>781</sup> Vgl. Rozemond 2011, 'De methode van het materiële strafrecht', p. 65-67.

<sup>782</sup> Zie Bryant & Norman 1980, 'Expressions of probability: words and numbers'; Beyth-Marom 1982, 'How probable is probable? A numerical translation of verbal probability expressions'; en Zimmer 1983, 'Verbal vs. numerical processing of subjective probabilities'.

**Tabel 7.1** De relatie tussen verbale en numerieke kansuitdrukkingen<sup>783</sup>

Uitdrukking	Kans (%)	Uitdrukking	Kans (%)
highly probable	89	possible	37
very likely	87	fairly unlikely	25
very probable	87	rather unlikely	24
quite likely	79	not very probable	20
good chance	74	unlikely	18
likely	72	not much chance	16
probable	71	barely possible	13
rather likely	69	improbable	12
pretty good chance	67	quite unlikely	11
fairly likely	66	very unlikely	9
somewhat likely	59	rare	7
fair chance	51	highly improbable	6

In mijn proefschrift heb ik een voorzet gegeven met betrekking tot de vraag welke kansgrootte de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ zou moeten markeren.<sup>784</sup> Voor ik toekom aan de bespreking van de toen door mij verdedigde opvatting, wijs ik eerst op een aantal factoren die van belang zijn geweest in verband met de totstandkoming van deze ondergrens.

Een eerste punt dat opmerking verdient, is dat de in mijn proefschrift besproken ondergrens uitsluitend betrekking had op de kansgrootte in subjectieve zin (overtuigingsgraad). In paragraaf 7.3.2 is reeds naar voren gekomen dat de Hoge Raad het begrip ‘aanmerkelijke kans’ ook opvat in objectieve zin. De in mijn proefschrift neergelegde bevindingen ten aanzien van de subjectieve kans kunnen echter zonder bezwaar toegepast worden op de objectieve kans. De normatieve intuïties die ten grondslag liggen aan het selecteren van een ondergrens zijn hetzelfde voor de subjectieve als voor de objectieve kansgrootte. Bovendien geldt dat de ondergrens in beide gevallen op dezelfde plaats getrokken moet worden. De Hoge Raad betreft de cognitieve component van het opzet immers expliciet op de aanmerkelijke kans.<sup>785</sup>

Een tweede punt dat opmerking verdient, is dat ik bij het vaststellen van de ondergrens aansluiting heb gezocht bij de vingerwijzing van de Hoge Raad dat de inhoud van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ niet afhankelijk moet worden gesteld van de aard van het gevolg. Wat geldt als ‘aanmerkelijke kans’ bij het ene delict, geldt eveneens als ‘aanmerkelijke kans’ bij het andere delict. Op zichzelf beschouwd valt er best wat te zeggen voor een variabele ondergrens,

<sup>783</sup> Ontleend aan: Lichtenstein & Newman 1967, ‘Empirical scaling of common verbal phrases associated with numerical probabilities’, p. 564.

<sup>784</sup> Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 402-407.

<sup>785</sup> Zie paragraaf 7.3.2.

waarbij de grens varieert van delict tot delict of zelfs van geval tot geval.<sup>786</sup> In de in hoofdstuk 4 besproken rationele keuzetheorie (de kansintegratietheorie) wordt de *wenselijkheidsgraad* van een bepaalde uitkomst bepaald door de waarderingsgraad van de uitkomst te vermenigvuldigen met de (gepercipieerde) kans op die uitkomst. De negatieve wenselijkheidsgraad die het resultaat is van de integratie van kansen en waarderingsgraden zou als normatief uitgangspunt voor strafbaarheid kunnen fungeren. Des te negatiever een bepaald delict dan wel de uitkomst in een concreet geval gewaardeerd wordt in de maatschappij, des te kleiner is de benodigde kans om strafbaarheid aan te kunnen nemen. Dat betekent dat bij een bijzonder negatief gewaardeerd delict als doodslag al strafbaarheid kan ontstaan bij een geringe kans. Bij een delict als vernieling is in deze benadering een grotere kans nodig om de voor strafbaarheid vereiste negatieve wenselijkheidsgraad te bereiken.

Het voordeel van het normativeren<sup>787</sup> van de vereiste kansgrootte is dat altijd perfect ingespeeld kan worden op de concrete situatie. Het nadeel is echter dat van delict tot delict of van geval tot geval (door verschillende rechters) vastgesteld moet worden wat de ondergrens is. Dat komt de voorspelbaarheid van het recht en de rechtsgelijkheid niet ten goede. Al met al lijkt het mij daarom toch beter om te opteren voor een vaste grens, die door de bank genomen tot acceptabele resultaten leidt.<sup>788</sup>

Als de ondergrens niet variabel is, dan moet een ondergrens gevonden worden die over alle delicten gezien redelijk is. Men zou daarbij primair de aandacht kunnen richten op delicten die geen culpose pendant kennen. Delicten die een culpose pendant kennen, hebben in de regel betrekking op belangrijke rechtsgoederen. Het bewust nemen van een gering risico met betrekking tot een ernstig gevolg, dient in beginsel strafbaar te zijn. Deze categorie wordt echter deels ondervangen door culpose delicten als art. 307 Sr, art. 308 Sr en art. 6 WvW. Daarnaast wordt een deel van deze strafwaardige categorie ondervangen door gevaarzettingsdelicten als art. 157 Sr, art. 158 Sr en art. 5 WvW. Tegen de achtergrond daarvan zou het ijkpunt bij het bepalen van de ondergrens primair gevormd kunnen worden door de minder ernstige misdrijven. Dat brengt mee dat de ondergrens minder laag uitkomt dan anders het geval zou zijn.

Daarbij komt dat bij het vaststellen van de ondergrens ook acht moet worden geslagen op praktische aspecten. De rechtspraktijk is gebaat bij een

<sup>786</sup> Vgl. De Jong 2003, 'De aanmerkelijke kans'; Rozemond 2011, 'De methode van het materiële strafrecht', p. 65-67 (ten aanzien van voltooide delicten); en Machielse 2016, aantekening 5.3.5 over 'opzet' (NLR).

<sup>787</sup> De vraag of de aanmerkelijke kans varieert op basis van normatieve factoren staat los van de vraag of opzet een normatief (niet-psychisch) begrip is. Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 237-238.

<sup>788</sup> Vgl. Schauer 1991, 'Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life'; Schauer 2005, 'The tyranny of choice and the rulification of standards'; en Alexander & Schauer 2007, 'Law's limited domain confronts morality's universal empire'. Het achterliggende motto is: meer keus voor rechters is niet per definitie beter.

bewijsbaar begrip. Het kan zijn dat het welbewust aanvaarden van *een geringe kans* op zichzelf beschouwd strafwaardig wordt geacht. Dat brengt echter niet noodzakelijkerwijs mee dat het begrip ‘aanmerkelijke kans’ in lijn daarmee gedefinieerd moet worden. Als een geringe kansgrootte zou volstaan, dan komt de bewijsbaarheid namelijk in het geding. In de eerste plaats is het lastiger om tot een betrouwbare schatting van de objectieve kans te komen. Dat vergroot het gevaar dat onderlinge verschillen in rechterlijke beoordelingen zullen optreden. In de tweede plaats wordt het lastiger om de subjectieve kans (bewustheid; overtuigingsgraad) te bewijzen. Personen zijn zich vaak niet bewust van minieme kansen. De bewijsrechtelijke redenering waarbij de bewustheid van de verdachte wordt afgeleid uit het feit dat een normaal mens zich bewust zou zijn geweest van het risico, volstaat dan niet. Het verweer van de verdachte dat hij het minieme risico niet voorzien heeft, is moeilijk te weerleggen als het een risico betreft dat doorgaans niet voorzien wordt.

In mijn proefschrift heb ik verdedigd dat de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ gesteld zou moeten worden op 10 procent.<sup>789</sup> Dat was in lijn met de visie van De Hullu, die in 2003 schreef dat een kansgrootte kleiner dan 10 procent verbazing zou oproepen.<sup>790</sup> Bedacht moet worden dat mijn gedachtevorming over dit thema voor een groot deel plaatsvond in de periode nadat de eerste twee hiv-arresten waren geweest. Van Hiv-arrest II ging de suggestie uit dat een kansgrootte van circa 0,4 procent (1 op 250) nog als aanmerkelijk viel te beschouwen. Een ondergrens van 10 procent (1 op 10) viel tegen deze achtergrond behoorlijk hoog te noemen. Het gaat immers om een kansgrootte die 25 keer groter is dan de in Hiv-arrest II bedoelde kansgrootte. Als de ondergrens van 10 procent echter wordt afgezet tegen de kansgrootte van circa 70 procent die in het spraakgebruik wordt geassocieerd met de termen ‘waarschijnlijk’ en ‘aanmerkelijk’, dan is de ondergrens aan de lage kant te noemen.

Het hoeft geen betoog dat het nogal wat uitmaakt of de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ op 0,4 procent, 10 procent of 70 procent wordt gesteld. In mijn proefschrift heb ik benadrukt dat de door mij genoemde kansgrootte van 10 procent niet meer is dan *een* mening. Vervolgens heb ik de opvatting verdedigd dat de ondergrens het best gespecificeerd zou kunnen worden door de oordelen van een behoorlijk aantal verstandige strafrechtjuristen die over deze kwestie hebben nagedacht te middelen.<sup>791</sup>

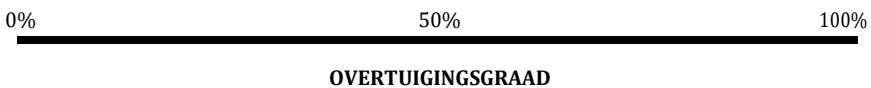
---

<sup>789</sup> Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 402-407.

<sup>790</sup> De Hullu 2003, ‘Materieel strafrecht’, p. 237.

<sup>791</sup> Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 406-407. Zie ook stelling nummer 100 bij het proefschrift.

In mijn hoedanigheid van docent bij de door het Studiecentrum rechtspleging (SSR) aangeboden cursus ‘Gevaar, opzet, roekeloosheid en schuld in het verkeer’ heb ik een informele poging ondernomen meer inzicht in de opvattingen van praktijkjuristen te krijgen. Dat kreeg op de volgende wijze gestalte. Ik begon met het uiteenzetten van de opvatting van de Hoge Raad dat er geen grond is de inhoud van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. Om te voorkomen dat de gedachtevorming te veel gestuurd zou worden, besprak ik Hiv-arrest II (dat de suggestie wekt van een lage ondergrens) en Hiv-arrest IV (dat de suggestie wekt van een veel hogere ondergrens) nog niet. Na het bespreken van de voor alle delicten gelijke ondergrens, liet ik een dia zien waarvan de inhoud in figuur 7.1 is weergegeven. De na de figuur opgenomen tekst geeft de strekking weer van de instructies die ik aan de cursisten placht te geven.



**Figuur 7.1** Procentschaal voor de overtuigingsgraad

Ik ben geïnteresseerd in uw mening over de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’. Het gaat daarbij nadrukkelijk om uw eigen mening, los van de eventuele opvatting van de Hoge Raad.

Stel, de wetgever is van zins een definitie van voorwaardelijk opzet in de betekenistitel van het Wetboek van Strafrecht op te nemen. De wetgever wil in de memorie van toelichting iets zeggen over het begrip ‘aanmerkelijke kans’ en vraagt u in dat verband om uw mening. De wetgever hanteert daarbij als uitgangspunt – conform de opvatting van de Hoge Raad – dat de ondergrens voor alle delicten hetzelfde dient te zijn.

Het hoeft geen betoog dat mensen in de regel niet denken in de vorm van een kwantitatieve kansinschatting. Iemand die een fiets van kwestieuze afkomst koopt, zal niet denken: ‘er bestaat een kans van 23,72 procent dat deze fiets door misdrijf verkregen is’. Dat betekent echter niet dat het niet mogelijk zou zijn de ervaring die mensen hebben als ze een beslissing nemen te vertalen in een getalsmatige grootheid. Ik zal proberen dat aan de hand van drie voorbeelden te illustreren.

Stel, u wordt ’s nachts in de buurt van Station Amsterdam Centraal benaderd door een naar alcohol ruikende man met een baard. De man biedt u een op het oog gloednieuwe Gazelle fiets aan voor 5 euro. Aan de fiets hangt een slot dat geforceerd lijkt te zijn. In zo’n geval zouden we kunnen stellen dat uw overtuigingsgraad met betrekking tot de vraag of de fiets door misdrijf verkregen is, 100 procent is. Er bestaat bij u geen enkele twijfel dat de fiets door misdrijf verkregen is.

Stel, u gaat naar een erkende Gazelledealer om een nieuwe fiets te kopen. De dealer vraagt een prijs voor de fiets die overeenkomt met de adviesprijs van de

fabrikant. Daarnaast wijst de dealer u erop dat u bij aanschaf van de fiets een door de fabrikant verstrekt garantiebewijs zal krijgen. In zo'n geval zouden we kunnen stellen dat uw overtuigingsgraad met betrekking tot de vraag of de fiets door misdrijf verkregen is, 0 procent is. U bent er hetzij volledig van overtuigd dat de fiets rechtmatig aan u verkocht zal worden, hetzij u heeft helemaal niet aan de mogelijkheid gedacht dat de fiets wel eens door misdrijf verkregen zou kunnen zijn.

Stel, u overweegt een fiets op Marktplaats te kopen. Uw oog valt op een Gazelle fiets die bijzonder aantrekkelijk geprijsd is. U stelt zich de vraag of de fiets wellicht door misdrijf verkregen is. Enerzijds zou het zo kunnen zijn dat de verkoper een gestolen fiets probeert te verkopen. Anderzijds zou het ook zo kunnen zijn dat de verkoper te goeder trouw is en de fiets gewoon snel wenst te verkopen. U kunt niet besluiten welke van de twee mogelijkheden het meest waarschijnlijk is. In zo'n geval zouden we kunnen stellen dat uw overtuigingsgraad met betrekking tot de vraag of de fiets door misdrijf verkregen is, 50 procent is. U acht beide, elkaar uitsluitende mogelijkheden immers even waarschijnlijk.

Deze drie voorbeelden zijn slechts bedoeld om uw gedachten te bepalen. Het spreekt voor zich dat het ook mogelijk is andere getallen aan geestesgesteldheden toe te kennen. Ik zou u nu willen vragen een getal op een briefje te schrijven dat naar uw mening de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans' zou moeten vormen. Het gaat daarbij, zoals gezegd, om een ondergrens die voor alle opzettelichten geldt. U mag elke kansgrootte die zich bevindt op de op de dia<sup>792</sup> afgebeelde schaal noemen. Het is bijvoorbeeld ook toegestaan een kansgrootte kleiner dan 1 procent te noemen.

U hoeft uw mening over dit onderwerp niet met andere mensen te delen. Schrijf een getal op een briefje en vouw het dubbel. Na de bespreking van de hiv-arresten, zal ik de resultaten met u delen.

Ik heb deze peiling bij 17 uitvoeringen van de cursus gehouden. De peilingen vonden plaats tussen 2010 en 2016. De cursisten waren vrijwel allemaal afkomstig uit de rechtspraak (raadsheren, rechters en hun juridische ondersteuning) en het Openbaar Ministerie (advocaten-generaal bij het ressortsparket, officieren van justitie en hun juridische ondersteuning). Daarbij verdient opmerking dat een ruime meerderheid afkomstig was uit de gelederen van de rechtspraak. In totaal hebben 313 cursisten een briefje ingevuld. Daarvan hebben 304 mensen een getal genoemd; 9 mensen hebben iets anders opgeschreven. De resultaten van het onderzoek zijn neergelegd in drie tabellen. Tabel 7.2 bevat een overzicht van de door de deelnemers ingevulde getalswaarden. In tabel 7.3 staan de opmerkingen van de deelnemers die geen getal hebben genoemd. Tabel 7.4 bevat een opsomming van een aantal kerncijfers.

---

<sup>792</sup> De inhoud van deze dia is in figuur 7.1 weergegeven.

**Tabel 7.2** Overzicht geldige resultaten (n = 304)

<b>Intervallen</b>	<b>Percentage binnen interval</b>	<b>Aantal binnen interval</b>	<b>Ondergrenzen (aantal)</b>
$90 \leq x \leq 100$	2,0	6	100 (3) 95 (1) 90 (2)
$80 \leq x < 90$	6,6	20	85 (3) 82 (1) 80 (16)
$70 \leq x < 80$	11,5	35	78 (1) 75 (20) 74 (1) 70 (13)
$60 \leq x < 70$	7,6	23	66,6 (1) 65 (3) 60 (19)
$50 \leq x < 60$	17,8	54	55 (7) 51 (26) 50,1 (1) 50 (20)
$40 \leq x < 50$	8,6	26	45 (2) 40 (24)
$30 \leq x < 40$	10,9	33	35 (2) 33,33 (1) 33 (5) 30 (25)
$20 \leq x < 30$	13,8	42	25 (25) 20 (17)
$10 \leq x < 20$	9,9	30	15 (8) 12,5 (2) 10 (20)
$0 \leq x < 10$	11,5	35	7,5 (1) 5 (16) 3 (1) 2 (4) 1 (8) 0,55 (1) 0,233 (1) 0,1 (2) 0,001 (1)



**Tabel 7.3** Opmerkingen van deelnemers die geen getal noemden (n = 9)

Opmerkingen
Te casuïstisch voor één percentage
?
Niet in procenten aan te geven
Hangt van de omstandigheden af
Niet in algemeenheid te zeggen. Is o.m. afhankelijk van aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze optreden
Ik weet het niet
Is voor mij echt afhankelijk van de ernst van het strafbaar feit
Niet te beantwoorden; hangt niet van delict af, maar wel van de omstandigheden
?

**Tabel 7.4** Kerncijfers

Aantal deelnemers	313
Aantal geldige antwoorden	304
Aantal ongeldige antwoorden	9
Gemiddelde (n = 304)	40,8
Mediaan	40
Modus van de intervallen	$50 \leq x < 60$ (17,8% van alle resultaten)
Modus van alle antwoorden	51 (8,6% van alle resultaten)
Hoogste ondergrens	100
Laagste ondergrens	0,001
Standaarddeviatie	25,4
Percentage onder het gemiddelde	53,9
Percentage boven het gemiddelde	46,1

Voor ik toekom aan het bespreken van de resultaten, sta ik stil bij de twee grootste gebreken die aan de peilingen kleven. Het eerste bezwaar is dat het helemaal geen onderzoek in de strikte zin van het woord betreft. Hoewel de boven de tabellen opgenomen instructietekst is gebaseerd op mijn aantekeningen ten behoeve van de presentatie, is de informatie niet precies op die wijze aan de cursisten gecommuniceerd. De instructies zijn uit de losse pols gepresenteerd en zullen daarom niet in alle gevallen exact hetzelfde zijn geweest. Bedacht moet worden dat deze gang van zaken een negatieve invloed kan hebben gehad op de betrouwbaarheid van de metingen. Het verdient opmerking dat de peiling wel altijd op hetzelfde moment in de presentatie plaatsvond, dat wil zeggen voordat ik de potentieel sturende uitkomsten van de hiv-arresten besprak.

Het tweede bezwaar dat aan de peilingen kleeft, is dat ze betrekking hebben op de ondergrens van de aanmerkelijke kans in subjectieve zin (overtuigingsgraad). Dat roept de vraag op of de resultaten ook toegepast kunnen worden op de vraag wat de ondergrens van de aanmerkelijke kans in objectieve zin moet zijn. Het komt mij voor dat die vraag in beginsel bevestigend kan worden beantwoord. De normatieve intuïties die ten grondslag liggen aan het selecteren van een ondergrens zijn hetzelfde voor de subjectieve als voor de objectieve kansgrootte. Bovendien geldt dat de ondergrens in beide gevallen op dezelfde plaats getrokken moet worden. De Hoge Raad betreft de cognitieve component van het opzet immers expliciet op de aanmerkelijke kans.<sup>793</sup> Tegen deze achtergrond geldt dat proefpersonen hetzelfde antwoord *zouden moeten* geven als wanneer hun gevraagd was de ondergrens van de aanmerkelijke kans in objectieve zin aan te geven. Dat betekent uiteraard niet dat een andere vraagstelling ook daadwerkelijk tot vergelijkbare resultaten aanleiding zou geven. Uit psychologisch onderzoek blijkt dat het anders 'framen' van een en dezelfde vraagstelling die aan proefpersonen wordt voorgelegd tot verschillende uitkomsten kan leiden.<sup>794</sup> Tegen deze achtergrond valt het niet uit te sluiten dat een op objectieve kansen gerichte vraagstelling tot andere uitkomsten zou hebben geleid.

De bovengenoemde gebreken nopen niet tot het oordeel dat de resultaten van het onderzoek onbruikbaar zijn. Het onderzoek schijnt licht op een vraagstelling waarover tot nu toe weinig of niets bekend was. Dat betekent op zijn minst dat de resultaten een bijdrage kunnen leveren aan de gedachtevorming op dit gebied. Hieronder bespreek ik de belangrijkste resultaten van het onderzoek. Vervolgens ga ik in op de vraag welke consequenties voor de interpretatie van het begrip 'aanmerkelijke kans' aan de resultaten kunnen worden verbonden.

Het gemiddelde van de door de deelnemers genoemde percentages voor de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans' is 40,8 procent. De mediaan – het midden van alle genoemde getallen – is 40 procent. Die getallen ontlopen elkaar dus nauwelijks. Het valt op dat het gemiddelde een stuk hoger ligt dan de kansgrootte die centraal stond in Hiv-arrest II (0,4 procent) en de in mijn proefschrift gesuggereerde ondergrens (10 procent). Anderzijds is het gemiddelde substantieel lager dan de kansgrootte van circa 70 procent die in het spraakgebruik wordt geassocieerd met de termen 'waarschijnlijk' en 'aanmerkelijk'.

Een van de belangrijkste uitkomsten van het onderzoek is in mijn optiek dat de standaarddeviatie uitkomt op 25,4. De standaarddeviatie is een maat die de gemiddelde afwijking van het gemiddelde aangeeft. Dat betekent dat het oordeel van de gemiddelde deelnemer meer dan 25 procentpunten afwijkt van het gemiddelde van 40,8 procent. Het hoeft geen betoog dat dit een bij-

---

<sup>793</sup> Zie paragraaf 7.3.2.

<sup>794</sup> Zie bijv. Tversky & Kahneman 1981, 'The framing of decisions and the psychology of choice'.

zonder grote afwijking betreft. Behoorlijk veel deelnemers bevinden zich in de periferie van het kansspectrum. Zo is 20,1 procent van de deelnemers van mening dat de ondergrens op 70 procent of hoger gesteld dient te worden, terwijl 27,0 procent meent dat de ondergrens op 20 procent of lager zou moeten liggen. De hoogste ondergrens die uit het onderzoek naar voren komt is 100 procent, terwijl de laagste ondergrens 0,001 procent is.

De grote verschillen die in dit onderzoek naar voren komen, roepen de vraag op hoe het begrip ‘aanmerkelijke kans’ in de rechtspraak wordt geïnterpreteerd. In dat verband is van belang dat het onderzoek geen betrekking had op de feitelijke vraag hoe het begrip ‘aanmerkelijke kans’ geïnterpreteerd wordt, maar op de vraag hoe het begrip geïnterpreteerd zou moeten worden naar de opvatting van de ondervraagden. De uitkomsten van dit onderzoek zijn dus niet zonder meer maatgevend voor de wijze waarop het begrip in de rechtspraak wordt geïnterpreteerd. Daar komt nog bij dat de wijze waarop de ondervraagden geacht werden het begrip te interpreteren – het geven van een kwantitatieve kansgrootte – waarschijnlijk niet in lijn is met de wijze waarop het begrip in de rechtspraak pleegt te worden geïnterpreteerd.<sup>795</sup>

Het bovenstaande brengt mee dat op basis van dit onderzoek niet de stellige conclusie kan worden getrokken dat het begrip ‘aanmerkelijke kans’ in de rechtspraak op volstrekt uiteenlopende wijzen wordt geïnterpreteerd. Dat betekent uiteraard niet dat de uitkomsten van het onderzoek geen reden voor zorg zouden zijn. Des te meer onduidelijkheid bestaat over de wijze waarop het begrip volgens de Hoge Raad moet worden geïnterpreteerd, des te groter is de kans dat feitenrechters het begrip interpreteren op basis van individuele, van elkaar verschillende opvattingen. Het onderzoek laat in elk geval zien dat zeer verschillend gedacht kan worden over de vraag waar de ondergrens zou moeten liggen. Aangezien noch de Hoge Raad noch de doctrine duidelijkheid verschaft over de interpretatie van het begrip, is het gevaar dat de verschillen in opvatting zich in de praktijk manifesteren bepaald niet denkbeeldig. Het hoeft geen betoog dat het verschillend interpreteren van een wezenlijk aspect van voorwaardelijk opzet tot rechtsongelijkheid kan leiden.<sup>796</sup>

---

<sup>795</sup> Ik acht het niet uitgesloten dat een diffuus begrip als ‘aanmerkelijke kans’ door rechters wordt toegepast zonder dat bij hen een duidelijk beeld bestaat omtrent de betekenis daarvan. Het is denkbaar dat rechters een intuïtie ontwikkelen om feiten en omstandigheden te herkennen aan de hand waarvan voorwaardelijk opzet op cassatiebestendige wijze kan worden gemotiveerd. Het traditionele onderscheid tussen begrip en bewijs verdwijnt dan naar de achtergrond. Knigge 1988, ‘Het irrationele van de straf’, p. 16-17 stelt iets vergelijkbaars ten aanzien van de strafoplegging: verdiende straf is de straf die in vergelijkbare gevallen wordt opgelegd. In die benadering wordt het begrip ‘verdiende straf’ niet gerelateerd aan een bepaald normatief criterium, maar aan een bestendige praktijk. Het laat zich goed denken dat rechters een straf opleggen zonder zich rekenschap te geven van de wijze waarop straf gerechtvaardigd moet worden. Hetzelfde zou kunnen gelden voor het begrip ‘aanmerkelijke kans’ en zelfs voor voorwaardelijk opzet in het algemeen.

<sup>796</sup> Zie paragraaf 2.7.2 en 8.6.3.5.b.

Uit psychologisch onderzoek blijkt dat het moeten kwantificeren van kansen doorgaans op grote weerstand stuit bij proefpersonen.<sup>797</sup> Dat was niet anders in dit onderzoek. Uiteindelijk hebben 9 van de 313 ondervraagden (2,9 procent) expliciet te kennen gegeven niet te kunnen of willen voldoen aan het verzoek een getalsmatige grootheid te noemen. Ik acht het goed mogelijk dat een (substantieel) deel van de mensen die wél een getalsmatige grootheid hebben genoemd dat 'onder protest' hebben gedaan. Daarmee bedoel ik dat ze eigenlijk van mening zijn dat het onverstandig of onmogelijk is de ondergrens van de aanmerkelijke kans in een percentage uit te drukken. De volgende passage uit het handboek van De Hullu past bij deze zienswijze:

"Kan de aanmerkelijke kans nader worden gepreciseerd? Dat lijkt mij nauwelijks het geval, ook omdat in een concrete zaak in wezen van de gemiddelde verdachte noch psychologisch noch objectiverend kan worden vastgesteld of hij dacht aan een kans van bijvoorbeeld 30 of 70%. Het moet, feitelijk gezien, om een reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid gaan, maar ook niet meer dan dat. Minder dan 10% kans – om maar eens een concretisering te noemen – zou wat mij betreft vragen oproepen, zo stelde ik daarover in een vorige druk. Bij nader inzien geloof ik vooral dat het niet vruchtbaar is om teveel nadruk op precieze percentages te leggen. Weliswaar was dat op zichzelf wel tot op zekere hoogte mogelijk in de specifieke HIV-problematiek en daarin wat mij betreft ook wel verhelderend, maar in andere voorwaardelijk opzettaken over bijvoorbeeld de gevolgen van geweld of de kansen op het kopen van verkeerde goederen, is het nauwelijks mogelijk om in concrete percentages te denken.

Het gaat noodzakelijkerwijs – maar ook in overeenstemming met handelen in het dagelijks leven en met het weinig diepgravende karakter van opzet – om een vrij globale en algemene beoordeling van risico's. De nadere ijkpunten voor een aanmerkelijke kans van de Hoge Raad – aard van de gedraging, omstandigheden van het geval en algemene ervaringsregels – passen doorgaans beter dan precieze percentages, ook al verschaffen die ijkpunten maar beperkte helderheid en kunnen ze aan rechterlijke oordelen ter zake wel eens het karakter van een machtswoord geven."<sup>798</sup>

Volgens De Hullu pleit de omstandigheid dat de kans – zowel in objectieve als in subjectieve zin – zich moeilijk precies laat vaststellen in concrete gevallen tegen het precies bepalen van een ondergrens op begripsniveau. Het is de vraag of die premisse tot deze conclusie moet leiden. De snelheidslimiet kan in dat verband als illustratie dienen. Vóór de brede invoering van snelheidsmetingen door middel van radar of laser was het veel minder goed mogelijk de snelheid van motorvoertuigen van buitenaf vast te stellen. Die omstandigheid

<sup>797</sup> Vgl. Beyth-Marom e.a. 1985, 'An elementary approach to thinking under uncertainty', p. 36-51 en Von Winterfeldt & Edwards 1986, 'Decision analysis and behavioral research', p. 20 en 98-100.

<sup>798</sup> De Hullu 2015, 'Materieel strafrecht', p. 240-241 (voetnoot verwijderd).

nootte de wetgever er in de vorige eeuw echter niet toe om de snelheidslimiet dan maar niet nader te preciseren. Daar bestaan goede redenen voor. Als een bepaling bijvoorbeeld alleen maar zou verbieden binnen de bebouwde kom 'een aanmerkelijke snelheid' aan te houden, dan komt dat de duidelijkheid niet ten goede. Het oordeel van een agent dat een verdachte met 'een aanmerkelijke snelheid' heeft gereden, laat zich dan ook moeilijk op waarde schatten. Dat is anders indien er wel een precieze norm bestaat. In HR 1 oktober 1985, NJ 1986, 629 achtte de rechtbank een snelheidsovertreding bewezen op grond van een verklaring van een verbalisant dat hij de snelheid "schatte op 85 a 90 km per uur, in elk geval een veel hogere snelheid dan 50 km per uur". De Hoge Raad was van mening dat de rechtbank, gelet op de ervaring van de verbalisant, de bewezenverklaring uit deze verklaring heeft kunnen afleiden. Het oordeel van de Hoge Raad laat zich goed begrijpen. De omstandigheid dat de verbalisant een specifieke norm aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, brengt mee dat de juistheid van het oordeel zich gemakkelijker laat beoordelen.

Wat geldt voor de snelheidslimiet geldt naar mijn mening evenzeer voor het begrip 'aanmerkelijke kans'. Het valt te verwachten dat een gespecificeerd beoordelingskader tot minder spreiding in de beoordeling van de norm leidt. Bij een onbepaalde norm zullen zowel verschillen met betrekking tot de interpretatie van de norm als verschillen in de beoordeling van de feiten een rol spelen. Het door mij gehouden empirische onderzoek geeft aanleiding te veronderstellen dat het bij de interpretatie om aanzienlijke verschillen kan gaan. Als het beoordelingskader gespecificeerd wordt in die zin dat het bijvoorbeeld moet gaan om een kansgrootte van 50 procent of meer, dan zullen de verschillen met betrekking tot de interpretatie van de norm afnemen. Dat betekent dat de aandacht volledig gericht kan worden op de vraag welke objectieve kansgrootte past bij de feiten en omstandigheden in een zaak.

Hierboven heb ik beargumenteerd dat de premisse dat kansen zich in de praktijk moeilijk laten vaststellen niet noopt tot de conclusie dat het criterium dan maar niet gespecificeerd moet worden. Ik zal nu kort stilstaan bij de vraag of de premisse wel juist is. In het tweede gedeelte van het eerder in deze paragraaf weergegeven citaat impliceert De Hullu dat precieze percentages zich niet goed verdragen met de door de Hoge Raad gegeven ijkpunten voor een aanmerkelijke kans: aard van de gedraging, omstandigheden van het geval en algemene ervaringsregels. Het gaat volgens hem noodzakelijkerwijs om een vrij globale en algemene beoordeling van risico's. De Hullu's bezwaar lijkt ingegeven te zijn door het feit dat voor de meeste gedragingen die een rol spelen in het strafrecht – anders dan in de hiv-zaken – geen precieze statistische gegevens beschikbaar zijn. Daaruit volgt echter niet dat de beoordeling niet meer gegoten kan worden in de vorm van precieze percentages. In paragraaf 7.2.3 heb ik uiteengezet dat de 'objectieve kans' in de context van het opzetbegrip subjectief van aard is. De kans is geen buiten de beoordelaar gelegen grootheid die niet of nauwelijks gekend kan worden. Integendeel, de kennis van de beoordelaar – hoe globaal en algemeen ook – vormt juist de grondslag van die kans. De essentie van het subjectieve kansbegrip is dat een

getal (een kansgrootte) kan of moet worden toegekend aan het menselijk oordeel. In het strafrecht wordt dat oordeel op goede gronden gebaseerd op de aard van de gedraging, de omstandigheden van het geval en algemene ervaringsregels. Dat oordeel kan – zoals in paragraaf 7.2.4 is uiteengezet – zonder bezwaar vertaald worden in of gerelateerd worden aan een concrete kansgrootte.

Het specificeren van het beoordelingscriterium (de ondergrens) heeft – zoals eerder is betoogd – het voordeel dat verschillen in de interpretatie van de norm zullen afnemen. Het zorgt er echter ook voor dat de beoordeling van de kansgrootte in een concrete zaak wordt vergemakkelijkt. Het specificeren van het beoordelingscriterium heeft namelijk tot gevolg dat het in de praktijk zelden nodig zal zijn de beoordeling te preciseren. Stel, de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ wordt op 50 procent gesteld. Bij de beoordeling gaat het dan om de vraag of de ten laste gelegde gedraging een kans van 50 procent of meer in zich bergt dat het gevolg zal intreden. Dat betekent niet dat een meervoudige kamer van een rechtbank, na deliberatie over de kansgrootte, in het vonnis zou dienen te vermelden dat de kansgrootte naar het oordeel van de rechtbank 62,3297471 procent was. De rechtbank hoeft zich alleen uit te laten over de vraag of de kans ten minste 50 procent was. Het doet daarbij minder ter zake of de kans iets hoger of veel hoger wordt ingeschat. Zo bezien heeft het specificeren van de ondergrens juist tot gevolg dat de kansinschatting globaal van aard kan zijn. Zoals de eerdergenoemde verbalisant kon oordelen dat de verdachte harder reed dan 50 kilometer per uur, zo kan een rechter oordelen dat de kansgrootte die gepaard ging met de gedraging van de verdachte groter was dan 50 procent. Een dergelijk oordeel kan in veel gevallen volledig gebaseerd worden op algemene ervaringsregels. De redenering die Advocaat-Generaal Knigge volgde in zijn conclusie bij HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2715 kan daarbij als voorbeeld dienen:

“Volgens het Hof is de kans dat zwaar lichamelijk letsel optreedt, bij een kopstoot die zo hard is dat het slachtoffer achterover op de grond valt, naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk te achten. Ik heb daar eerlijk gezegd mijn twijfels over. Mijn eigen ervaring met kopstoten is, moet ik toegeven, nogal beperkt, maar dat het slachtoffer onmiddellijk in staat was om op te staan en zijn belagers met een koevoet te verjagen, is niet iets wat bij mij een reactie van verbazing oproept. Ik heb met andere woorden niet het gevoel dat het net zo goed verkeerd had kunnen aflopen en dat het slachtoffer van geluk mag spreken dat hij geen zwaar lichamelijk letsel heeft bekomen.”<sup>799</sup>

Het specificeren van het beoordelingscriterium zorgt ervoor dat het oordeel van het Openbaar Ministerie en het oordeel van de rechter beter vatbaar zijn voor betwisting. De advocatuur kan beter verweer voeren en de Hoge Raad

---

<sup>799</sup> Conclusie Advocaat-Generaal Knigge bij HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2715 (punt 20). Voetnoot verwijderd. De Hoge Raad kwam tot hetzelfde oordeel en vernietigde de uitspraak van het Hof.

kan de begrijpelijkheid van het oordeel van de feitenrechter gemakkelijker toetsen. Dat vormt naar mijn mening een uitgesproken voordeel van deze benadering. Het specificeren van het beoordelingscriterium zorgt ervoor dat het rechterlijk oordeel minder het karakter krijgt van een machtswoord.<sup>800</sup>

In het bovenstaande heb ik de opvatting verdedigd dat het aanbeveling verdient de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ te specificeren. Het is nu de vraag welke kansgrootte als ondergrens gekozen zou moeten worden. Eerder in deze paragraaf gaf ik aan dat de ondergrens het best gespecificeerd zou kunnen worden door de oordelen van een behoorlijk aantal verstandige strafrechtjuristen die over deze kwestie hebben nagedacht te middelen. Ondanks de gebreken die aan het door mij uitgevoerde onderzoek kleven, zou ik menen dat het onderzoek een aardig beeld geeft van wat door een redelijk denkend strafrechtjurist als een adequate ondergrens zou worden ervaren. Uit het onderzoek kwam een gemiddelde van 40,8 procent en een mediaan van 40 procent naar voren.

Bij het vaststellen van de ondergrens spelen ook praktische aspecten een rol. Het is weinig zinvol het tot 8 cijfers achter de komma gespecificeerde gemiddelde (40,79774342 procent) als ondergrens te kiezen. Het doel van het specificeren van de kansgrootte – het geven van houvast bij de beoordeling – is daarmee niet gediend. Daarbij komt dat het belangrijkste doel van het criterium naar mijn mening is om te communiceren wat *niet* als een aanmerkelijke kans moet worden gezien. Dat zorgt ervoor dat uitbijters zoals die in het onderzoek werden gevonden zich niet kunnen manifesteren in ongelijke oordelen. Tegen die achtergrond is het van minder belang of de ondergrens nu op 40 of op 50 procent wordt gesteld.

Alles overziend zou ik willen opteren voor een ondergrens van 50 procent. Het iets hoger dan het gemiddelde en de mediaan gaan zitten, heeft als voordeel dat het gebrek aan overeenstemming dat in de rechtspraktijk bestaat zich vertaalt in een criterium dat in het voordeel van de verdachte is.<sup>801</sup> Daarnaast geldt dat het interval waarin deze ondergrens zich bevindt ( $50 \leq x < 60$ ) het meest geprefereerd werd: 17,8 procent van alle resultaten viel in dit interval.<sup>802</sup> De vlak bij 50 procent liggende ondergrens van 51 procent was de meest geprefereerde specifieke ondergrens (8,6 procent van alle resultaten).<sup>803</sup>

Een aanvullend argument voor een ondergrens van 50 procent houdt verband met een aan het begin van deze paragraaf geformuleerd uitgangspunt. Ik betoogde daar dat het ijkpunt bij het bepalen van de ondergrens wel-

<sup>800</sup> De Hullu 2015, ‘Materieel strafrecht’, p. 241 bestempelt het machtswoordkarakter zelf ook als een nadeel van de door hem voorgestane globale benadering.

<sup>801</sup> Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 333-339 over het lenitybeginsel. Het beginsel vormt een richtsnoer voor de interpretatie. Het lenitybeginsel dicteert dat strafbepalingen die voor meerderlei uitleg vatbaar zijn restrictief geïnterpreteerd moeten worden in het voordeel van de verdachte.

<sup>802</sup> Zie tabel 7.4 met betrekking tot de modus van de intervallen.

<sup>803</sup> Zie tabel 7.4 met betrekking tot de modus van alle antwoorden.

licht primair gevormd zou kunnen worden door de minder ernstige misdrijven. Bij de ernstigste misdrijven wordt de strafwaardigheid van het nemen van geringe risico's immers deels ondervangen door culpose delicten en gevaarzettingsdelicten. Het oordeel van de proefpersonen was niet onderhevig aan deze beperking. Het is daarom denkbaar dat er een hogere ondergrens uitgekomen zou zijn als de aandacht primair gericht was op de minder ernstige misdrijven. De intuïtie dat een bepaalde geringe kans op de dood tot aansprakelijkheid zou moeten leiden, kan dan immers niet ten grondslag gelegd worden aan de voor alle delicten geldende ondergrens.

Het belangrijkste voordeel van het vaststellen van de ondergrens op 50 procent is evenwel praktisch van aard. Deze ondergrens laat zich gemakkelijker operationaliseren dan de zich dicht bij het onderzoeksgemiddelde bevindende ondergrens van 40 procent. De vraag is simpelweg of de kans op het intreden van het gevolg ten minste net zo groot is als de kans op het niet intreden van het gevolg. De gemakkelijke operationalisering is van belang, omdat het omgaan met kansen niet per se tot de kerncompetenties van de jurist behoort. Het relatief gemakkelijke beoordelingscriterium zorgt ervoor dat de aandacht primair kan worden gericht op het duiden van de feiten en omstandigheden van de zaak. Die vraag is al lastig genoeg. In de volgende paragraaf sta ik stil bij de vraag hoe feiten en omstandigheden in een kansoordeel moeten worden vertaald.

Tot slot van deze paragraaf sta ik kort stil bij de vraag hoe het kansoordeel met betrekking tot de gedraging zich verhoudt tot het kansoordeel dat ten grondslag ligt aan de rechterlijke overtuiging in de zin van art. 338 Sv. In paragraaf 2.4 heb ik betoogd dat de minimaal benodigde overtuigingsgraad gesteld moet worden op 95 procent. Aangezien de vraag of sprake is geweest van een aanmerkelijke kans in objectieve zin naar geldend recht een bewijsthema is, dient de rechter een dubbele kansinschatting te maken. Indien de door mij gesuggereerde kansgroottes als uitgangspunt worden genomen, dan dient de rechter ten minste 95 procent zeker te zijn dat sprake was van een kans van ten minste 50 procent.<sup>804</sup> De grens van 95 procent laat zich moeilijker operationaliseren dan de ondergrens van 50 procent. Ook in dit geval geldt echter dat men zich niet blind dient te staren op de genoemde getalsmatige grootte. Het belangrijkste doel van dit criterium is om te communiceren dat twijfel tot vrijspraak moet leiden. Als de rechter redelijke twijfel koestert ten aanzien van de vraag of de gedraging van de verdachte ten minste in de helft van alle gevallen fout zou aflopen, dan is een vrijspraak op zijn plaats.

<sup>804</sup> Een extra complicatie is dat de aanmerkelijke kans in objectieve zin slechts een van de bewijsthema's is waarop de rechterlijke overtuiging betrokken dient te zijn. Het gaat bijvoorbeeld ook om de vraag of de verdachte (en niet iemand anders) de uitvoerder van de gedraging in kwestie was en de vraag of aan de subjectieve eisen van opzet (bewuste aanvaarding van een aanmerkelijke kans) is voldaan. Als onzekerheid bestaat over meer dan één bewijsthema, dan dient de overtuigingsgraad per bewijsthema hoger te zijn om de vereiste minimale overtuigingsgraad ten aanzien van de som der delen te bereiken.



## 7.5 Het vaststellen van de objectieve kans

### 7.5.1 Inleiding

In deze paragraaf ga ik in op de lastige vraag hoe de objectieve kansgrootte moet worden vastgesteld. Om die vraag te kunnen beantwoorden, zal ik in paragraaf 7.5.2 aannemelijk trachten te maken dat de kwaliteit van een kansinschatting valt of staat met het in te nemen perspectief. Ik zal betogen dat bij het bepalen van de objectieve kans aansluiting gezocht moet worden bij het perspectief van de actor. Vervolgens illustreer ik deze benadering in paragraaf 7.5.3 aan de hand van de eerder besproken Groninger schietzaak, waarin de verdachte twee kogels door een voordeur schoot. In paragraaf 7.5.4 ga ik in op de vraag hoe mijn benadering zich verhoudt tot de jurisprudentie van de Hoge Raad. De paragraaf eindigt met een besluit (paragraaf 7.5.5).

### 7.5.2 Kans en perspectief

Het bepalen van de objectieve kansgrootte scharniert voor een belangrijk deel om de vraag welke factoren bij de kansinschatting in aanmerking moeten worden genomen. Voor het strafrecht is het in de praktijk vooral de vraag welke factoren *niet* bij de kansbepaling moeten worden betrokken. Knigge & Wolswijk illustreren dit op beeldende wijze door de aandacht te vestigen op een “achteraf uitgevoerde kansberekening”:<sup>805</sup>

“Als het gevolg niet is ingetreden, moet de conclusie wel zijn dat alle objectieve omstandigheden tezamen niet zodanig waren dat het gevolg kon intreden. Als daarentegen het gevolg wel intreedt, moet de conclusie achteraf zijn dat het, alle omstandigheden in aanmerking genomen, niet anders had kunnen aflopen. Met andere woorden, een achteraf uitgevoerde kansberekening waarbij met alle objectieve omstandigheden van het geval rekening wordt gehouden, moet in geval van een mislukte poging wel leiden tot de slotsom dat de kans op het gevolg nihil was, terwijl in geval van een voltooid delict de slotsom moet zijn dat die kans 100% was. Met dergelijke uitkomsten schieten we in het recht niets op. Daarom zal bij het kansoordeel in elk geval tot op zekere hoogte geabstraheerd moeten worden van de bijzonderheden van het geval.”<sup>806</sup>

Knigge & Wolswijk wijzen er terecht op dat het geen zin heeft bij het bepalen van de kansgrootte acht te slaan op alle omstandigheden die zich in de werkelijkheid hebben voorgedaan. Het is zelfs de vraag of in dat geval nog wel ge-

---

<sup>805</sup> Knigge & Wolswijk 2015, ‘Het materiële strafrecht’, p. 119.

<sup>806</sup> Knigge & Wolswijk 2015, ‘Het materiële strafrecht’, p. 119-120.

sproken kan worden van een kansoordeel. Het kansbegrip kan beschouwd worden als een uitdrukking van de menselijke onwetendheid.<sup>807</sup> Als we al precies weten wat er gebeurd is, dan is er geen onzekerheid meer die in een kansoordeel dient te worden vertaald. Het gaat dan simpelweg om het beschrijven van relevante factoren die al dan niet tot een bepaald gevolg hebben geleid.

Bij het vaststellen van een kansgrootte is het perspectief dat wordt ingenomen van bijzonder groot belang. Het is daarbij de vraag in hoeverre geabstraheerd dient te worden van datgene wat in de werkelijkheid is gebeurd. In mijn proefschrift gaf ik het onderstaande voorbeeld in verband met het bepalen van kansgroottes bij culpose gedragingen.<sup>808</sup> In dit voorbeeld staan twee verschillende perspectieven centraal.

Een bouwvakker gooit zonder te kijken een baksteen van vijf hoog naar beneden. De baksteen treft een voorbijganger die onmiddellijk komt te overlijden. Een neuroloog en een statisticus spreken zich beide uit over de kansgrootte. De neuroloog stelt het volgende: 'De baksteen trof deze 85-jarige vrouw vol op haar schedelpan. Ik schat de kans dat deze vrouw dit incident had kunnen overleven op 1 op 100.000.' De statisticus heeft een andere mening: 'Per uur bevinden zich gemiddeld 36 mensen gedurende 1 seconde in het gebied onder het huis. De kans op een dodelijke afloop was dus in ieder geval kleiner dan 1 op 100. Als iemand zich in het gebied onder het huis bevindt op het moment dat een steen valt, dan is de kans dat hij getroffen wordt 1 op 100. De kans op een dodelijke afloop was dus in ieder geval kleiner dan 1 op 10.000. Als iemand getroffen wordt, dan is de kans dat hij de dood vindt 1 op 10. Mijn conclusie is dat het gooien van een baksteen uit dit raam 1 op de 100.000 keer leidt tot de dood.'

De neuroloog schat de kans op de dood bijna 100.000 keer groter in dan de statisticus. Volgens de neuroloog is de kans 99,999 procent, terwijl de statisticus de kans inschat op 0,001 procent. Als we arguendo aannemen dat beide experts hun oordeel hebben gebaseerd op de beste kennis die in onze maatschappij aanwezig is, dan kan gesteld worden dat beide oordelen juist zijn. De oordelen zijn juist, gegeven het uitgangspunt dat aan de kansbeoordeling ten grondslag is gelegd. Het voorbeeld laat zien dat de uitkomst van een kansinschatting gemakkelijk kan worden gemanipuleerd.<sup>809</sup> Het is daarom van groot belang te bepalen welke factoren aan de beoordeling van de kans ten grondslag gelegd moeten worden.

In het strafrecht staat de beoordeling van gedragingen centraal. Het spreekt daarom vanzelf dat de beoordeling van de kans in het strafrecht in

<sup>807</sup> Vgl. Laplace 1995, 'Philosophical essay on probabilities', p. 2-6.

<sup>808</sup> Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 50-51.

<sup>809</sup> Vgl. Knigge & Wolswijk 2015, 'Het materiële strafrecht', p. 120.

verband moet staan met een gedraging.<sup>810</sup> In algemene zin gaat het om de volgende vraag: hoe groot is de kans  $x$  dat gedraging  $y$  tot uitkomst  $z$  leidt? In dat verband is het van belang hoe 'gedraging  $y$ ' moet worden gedefinieerd. Het is duidelijk dat de neuroloog in het bovengegeven voorbeeld het kansoordeel niet alleen betreft op de strafrechtelijk relevante gedraging. Het uitgangspunt van de beoordeling is het feit dat een 85-jarige vrouw vol op haar schedelpan werd getroffen door een baksteen. Bijna alle omstandigheden die zich na de gedraging in de werkelijkheid hebben voorgedaan, worden bij het kansoordeel betrokken. Het gevolg van deze benadering is dat er nog maar weinig ruimte is voor verklarende factoren die zich niet hebben voorgedaan. Dat brengt mee dat de kans op het intreden van het gevolg in de praktijk de 100 procent zal naderen in gevallen waarin het gevolg is ingetreden, terwijl de kans 0 procent zal naderen als het gevolg niet is ingetreden.

Buiten het strafrecht worden kansinschattingen vooral gebruikt in situaties waarin een bepaalde uitkomst voorspeld dient te worden. Het gaat dan bijvoorbeeld om de vraag hoe groot de kans is dat het morgen gaat regenen in een bepaalde plaats. Alle informatie die ten tijde van het maken van de kansinschatting aanwezig is, mag worden gebruikt. In de strafrechtelijke context moet de kansgrootte echter worden vastgesteld terwijl de uitkomst en de factoren die deze uitkomst kunnen verklaren reeds bekend zijn. Bij het maken van een kansinschatting moeten we de film daarom terugdraaien tot een tijdstip waarop de uitkomst en de verklarende factoren zich nog moeten manifesteren.

Het moge duidelijk zijn dat de neuroloog de film niet ver genoeg terugdraait. Hij draait de film terug tot het tijdstip dat ligt tussen het getroffen worden door de baksteen en de dood van de vrouw. Alleen een bizar toeval had er dan nog voor kunnen zorgen dat de vrouw het incident zou overleven. Wat dat betreft doet de statisticus het beter. Hij neemt de gedraging van de actor – het gooien van een baksteen van de vijfde verdieping – als uitgangspunt van zijn beoordeling. Met het innemen van het juiste tijdsperspectief zijn we er echter nog niet. Het is nu de vraag welke aspecten van de werkelijke situatie zichtbaar zijn op de film. Zien we alleen de bouwvakker als hij de steen gooit of zien we daarnaast de oude vrouw naar de plek toe schuifelen waar de steen ongeveer zou landen? De statisticus laat de laatste factor buiten beschouwing. Daardoor wordt de inschatting van de kansgrootte primair bepaald door buiten de actor staande factoren (de drukte onder het gebouw en de kans op de dood bij het geraakt worden). Deze abstrahering brengt in dit geval mee dat de kansgrootte heel klein wordt ingeschat. Dat is evenwel niet noodzakelijkerwijs het geval. Als een zeer gevaarlijke gedraging toevallig goed afloopt, dan brengt abstrahering van de factoren die de goede afloop kunnen verklaren mee dat de kans zeer groot wordt ingeschat.

---

<sup>810</sup> De beoordeling kan ook betrekking hebben op een omissie. In paragraaf 6.7.4 heb ik aandacht besteed aan het bepalen van kansgroottes bij nalaten. In dat geval dient de kans op het gevolg bij nalaten afgezet te worden tegen de kans op het gevolg bij adequaat handelen.

Het door de statisticus ingenomen perspectief verdient naar mijn mening de voorkeur. Het perspectief sluit aan bij de situatie waarin de actor zich bevindt. De bouwvakker gooit, zo wil het voorbeeld, de steen zonder te kijken naar beneden. Dat betekent dat de actor geen invloed uitoefent op het feit of de gedraging al dan niet de dood tot gevolg heeft. Als aangesloten wordt bij dat perspectief, dan moet de inschatting van de kansgrootte primair bepaald worden door buiten de actor staande factoren.

Aansluiting bij het perspectief van de actor kan meebrengen dat andere potentieel verklarende factoren bij de beoordeling worden betrokken. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de geestesgesteldheid van de actor. Intenties vormen een van de belangrijkste voorspellers van de uitkomsten van menselijk gedrag. Stel, de bouwvakker gooide de steen gericht op de 85-jarige vrouw, omdat hij haar van het leven wilde beroven. In dat geval dient de intentie van de actor bij de beoordeling van de kans te worden betrokken. Dat heeft tot gevolg dat de kans op de dood ook voor een belangrijk deel bepaald wordt door factoren die betrekking hebben op de actor zelf. Hoe groot is de kans dat de actor zijn doelstelling de vrouw te raken zal realiseren? Deze kansinschatting dient gecombineerd te worden met de kans dat de vrouw zal overlijden indien zij getroffen wordt. Het hoeft geen betoog dat de kans op de dood in dit geval veel en veel hoger dient te worden ingeschat.

Het zojuist gegeven voorbeeld illustreert een complicatie: de grootte van de objectieve kans is niet onafhankelijk van de psychische gesteldheid van de actor.<sup>811</sup> Kennis over de psychische gesteldheid van de actor speelt een rol bij het vaststellen van de objectieve kans. De objectieve kans op een gevolg moet – *ceteris paribus* – hoger worden ingeschat bij iemand die doelopzet heeft op het gevolg dan bij iemand die het gevolg liever wil vermijden. Het is immers algemeen bekend dat mensen een zekere vaardigheid bezitten in het bereiken van hun doelen. Een uitdrukking als 'het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans' kan de onjuiste indruk wekken dat de actor zich bewust zou zijn van iets dat onafhankelijk van hemzelf bestaat. Een dergelijke onafhankelijkheid doet zich alleen voor als vaststaat dat de actor geen invloed kan of wil uitoefenen op het al dan niet schenden van het rechtsgoed in kwestie. Daarbij kan gedacht worden aan hiv-zaken. Men kan er doorgaans van uitgaan dat de actor – buiten het aangaan van onbeschermd seksueel contact – weinig invloed heeft op het al dan niet overbrengen van het virus. In veel gevallen van opzet is dat niet het geval: de geestesgesteldheid van de actor determineert de kansgrootte. De uitdrukking 'het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans' bijt zichzelf dan in de staart. Dit laat zich vergelijken met de voorspelling van een gezaghebbend beursanalist: de voorspelling heeft invloed op het voorspelde. De relatie tussen de psychische gesteldheid van de actor en de objectieve kans vormt een reden het opzetbegrip niet te belasten met een

---

<sup>811</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 49-54, 359-363 en 391-394.

objectief kansvereiste.<sup>812</sup> Het objectieve kansvereiste kan leiden tot een soort droste-effect.

Op zichzelf beschouwd is het niet problematisch de geestesgesteldheid van de actor bij het vaststellen van de objectieve kansgrootte te betrekken. Als bekend is dat de actor de steen heeft gegooid hetzij met de intentie een ander te doden, hetzij zonder na te denken over de mogelijke gevolgen, hetzij met de intentie juist niemand te raken, dan kan die informatie gewoon gebruikt worden bij het inschatten van de kansgrootte. Als we echter de overstap maken van de studeerkamer naar het strafrecht in de praktijk, dan liggen de zaken gecompliceerder. In de rechtspraak is het nu juist vaak de vraag of de actor beschikt heeft over een bepaalde geestesgesteldheid. De geestesgesteldheid van de actor – de bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans – pleegt te worden afgeleid uit de objectieve kans die aan de gedraging wordt verbonden. Dat is niet altijd zonder bezwaren. Het inrijden op een agent kan als voorbeeld dienen. Het maakt nogal wat uit of de actor van plan is koste wat kost door te rijden of dat hij voornemens is tijdig een ontwikkelingsmanoeuvre in te zetten indien de agent niet opzij zou gaan. Het verbinden van een aanmerkelijke kans op de dood of zwaar lichamelijk letsel aan de gedraging zou wel eens impliciet gebaseerd kunnen zijn op de assumptie dat de actor niet van plan was tijdig een ontwikkelingsmanoeuvre in te zetten. Dat is problematisch als geen zelfstandig bewijs aanwezig is voor die assumptie.<sup>813</sup> Het bewijs van opzet is dan uiteindelijk op een cirkelredenering gestoeld.

Ik vat een aantal bevindingen samen. In de eerste plaats geldt dat de kansinschatting betrokken moet worden op een strafrechtelijk relevante gedraging. Dat brengt mee dat geabstraheerd moet worden van de uitkomst en de zich na de gedraging voorgedaan hebbende factoren die deze uitkomst kunnen verklaren. De film moet worden teruggedraaid tot een tijdstip waarop de gevolgen van de gedraging zich nog moeten manifesteren. In de tweede plaats is van belang uit te maken welke aspecten van de werkelijke situatie bij de kansbeoordeling moeten worden betrokken. Ik heb betoogd dat aansluiting gezocht moet worden bij het perspectief van de actor. Dat kan ook meebrengen dat acht wordt geslagen op de geestesgesteldheid van de actor. Daarbij moet men er bedacht op zijn dat niet verondersteld wordt wat bewezen dient te worden, door opzet af te leiden uit een kansgrootte waarvan de aanmerkelijkheid afhangt van de aanwezigheid van opzet.

---

<sup>812</sup> Zie ook paragraaf 7.3.3.6, waar ik al enigszins preludeerde op de aan het objectieve kansvereiste verbonden complexiteiten.

<sup>813</sup> Als de agent tijdig opziespringt, dan is moeilijk vast te stellen of de actor een ontwikkelingsmanoeuvre zou hebben ingezet. Zie ook paragraaf 8.3.5.

### 7.5.3 Analyse van de Groninger schietzaak

In deze paragraaf tracht ik mijn benadering uiteen te zetten aan de hand van de eerder besproken Groninger schietzaak.<sup>814</sup> In deze zaak ging de verdachte, die in een discotheek in Groningen klappen gehad had van een man, naar de woning van deze man (die als slachtoffer wordt aangeduid). Na een aantal keren op de voordeur te hebben geklopt, schoot de verdachte twee kogels door de voordeur van de woning. Het Hof overwoog dat de verdachte "hiermee willens en wetens de aanmerkelijke kans [heeft] aanvaard dat [slachtoffer] – van wie hij immers kon verwachten dat deze zich mogelijk achter de deur zou bevinden – dodelijk geraakt werd door één van de kogels." De Hoge Raad casseerde op de volgende grond:

"Dat sprake was van een aanmerkelijke kans dat [slachtoffer] door de in de bewezenverklaring bedoelde schoten dodelijk zou worden getroffen, kan niet zonder meer uit 's Hofs bewijsvoering volgen. Die houdt immers in dat [slachtoffer] zich ten tijde van het lossen van de schoten in de slaapkamer bevond terwijl die slaapkamer niet in het verlengde van de voordeur was gelegen. Gelet hierop is 's Hofs oordeel dat een aanmerkelijke kans bestond dat een van de kogels hem dodelijk zou raken, niet zonder meer begrijpelijk (...)."

In algemene zin gaat het bij de analyse van deze zaak om de vraag hoe groot de kans  $x$  is dat gedraging  $y$  tot uitkomst  $z$  leidt. Voor ik gedetailleerder inga op deze vraag, is het eerst van belang om twee belangrijke punten te specificeren.

Het eerste punt heeft betrekking op het object van het kansoordeel (uitkomst  $z$ ). In de woning waar het incident plaatsvond, waren drie personen aanwezig. De bewezenverklaring die in cassatie als uitgangspunt geldt, heeft echter slechts betrekking op één nader genoemd slachtoffer. Dat betekent dat de vraag hier is hoe groot de kans is dat *dit slachtoffer* de dood zou vinden. Het spreekt vanzelf dat de kansinschatting anders uit zou kunnen vallen als zij betrokken wordt op de vraag of *een willekeurig mens* de dood zal vinden.<sup>815</sup>

Het tweede punt heeft betrekking op het subject van het kansoordeel (gedraging  $y$ ). In het voetspoor van het oordeel van de Hoge Raad is het de vraag of *de schoten* het slachtoffer dodelijk zouden kunnen treffen. Dat betekent dat de vraag of de verdachte (en niet de medeverdachte) heeft geschoten geen deel uitmaakt van het kansoordeel. Daarbij is van belang dat de verdach-

<sup>814</sup> HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6765. Zie voor de uitspraak van de rechtbank en het Hof: rechtbank Groningen 8 mei 2008, ECLI:NL:RBGR:2008:BD1211 en Hof Leeuwarden 3 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH1713. Zie voor de uitspraak ten aanzien van de medeverdachte: rechtbank Groningen 8 september 2008, ECLI:NL:RBGR:2008:BF0044.

<sup>815</sup> De vraag of het aantal aanwezigen moet worden meegenomen bij de op de dood van een willekeurig mens betrekking hebbende kansbepaling, dient beantwoord te worden door aansluiting te zoeken bij het perspectief van de actor.

te is veroordeeld wegens medeplegen van poging tot moord. Voor zover de mogelijkheid zou worden opengelaten dat de medeverdachte, die met de verdachte naar de voordeur liep, de schoten heeft afgevuurd, is dat niet van belang als bewuste en nauwe samenwerking ten aanzien van het schieten wordt aangenomen.

Tegen de achtergrond van de bovenstaande twee specificaties staat de volgende vraag centraal bij het kansoordeel: hoe groot is de kans dat het slachtoffer in kwestie als gevolg van de twee schoten dodelijk wordt getroffen? Bij het maken van de kansinschatting ga ik – net als de Hoge Raad – uit van de feiten en omstandigheden die door het Hof zijn vastgesteld. Het verdient opmerking dat de uitspraak maar een beperkt beeld geeft van de feiten en omstandigheden. Het is niet ondenkbaar dat de feitenrechter in kwestie op de hoogte was (of had kunnen raken) van andere feiten en omstandigheden die van belang zijn voor het kansoordeel. Veroordelende uitspraken geven mogelijk een vertekend beeld in het nadeel van de verdachte, omdat de rechter alleen redengevende bewijsmiddelen aan de bewijsbeslissing ten grondslag mag leggen.<sup>816</sup> Tegen deze achtergrond is het niet ondenkbaar dat met name kansverlagende factoren zich aan de waarneming van een buitenstaander onttrekken.

Hieronder geef ik een aantal feiten en omstandigheden die mogelijk van belang zijn voor het kansoordeel puntsgewijs weer. Voor een nadere inkleuring van deze feiten en omstandigheden verwijs ik naar het arrest.

- Het slachtoffer heeft de verdachte 's nachts in een discotheek een klap gegeven en heeft hem nadat hij gevallen was een schop tegen zijn hoofd gegeven.
- De verdachte was erg dronken.
- De verdachte is 'schietgraag' en is een wraakzuchtig man.
- De verdachte heeft het slachtoffer na afloop van het incident met de dood bedreigd.
- De verdachte is in het ziekenhuis behandeld en is daar door een aantal personen opgepikt met een auto. Op weg naar de woning van het slachtoffer werd gesproken over het afmaken van het slachtoffer.
- De verdachte wist dat het slachtoffer in de woning aanwezig was.
- Er werd op de deur geklopt. Daar werd niet op gereageerd. Na ongeveer tien seconden werden twee schoten afgevuurd.

---

<sup>816</sup> Zie paragraaf 2.6.3.

- De verdachte heeft twee keer door de voordeur van het op de tweede etage gelegen appartement geschoten. De eerste schotbaan liep vanaf de trap in de portiek, via het glas in de voordeur (50,5 centimeter vanaf de vloer), via de deur naar de woonkamer (18,5 centimeter vanaf de vloer), en eindigde in de bank (45 centimeter vanaf de vloer). De tweede schotbaan liep vanaf de trap in de portiek, via de voordeur (28 centimeter vanaf de vloer), en eindigde in de vloer van de gang. De schutter heeft de schoten afgevuurd vanaf een traprede, die lager gelegen is dan het vloerniveau van de woning.<sup>817</sup>
- Er zijn 2 hulzen van 9 millimeterpatronen gevonden.
- Op het moment van schieten bevond het slachtoffer zich in de slaapkamer, die niet in het verlengde van de voordeur was gelegen.
- Het slachtoffer werd niet geraakt door de kogels en is in leven gebleven.

In de vorige paragraaf heb ik betoogd dat bij het kansoordeel aansluiting gezocht moet worden bij het perspectief van de verdachte. Dat brengt onder meer mee dat gereconstrueerd moet worden wat de verdachte wist en wilde. De overtuigingen en intenties van de verdachte zijn immers in hoge mate bepalend voor de vraag hoeveel controle hij heeft over het zich al dan niet realiseren van het gevolg. De overtuigingen en intenties van de verdachte dienen te worden geïncorporeerd in de gedraging waarop het kansoordeel betrekking heeft. De aspecten van de situatie die niet worden beheerst door de overtuigingen en intenties van de verdachte moeten daarentegen niet als uitgangspunt van het kansoordeel fungeren.

Wat wist de verdachte? Op basis van de getuigenverklaringen kan geconcludeerd worden dat de verdachte wist dat het slachtoffer de bewoner van de woning was en dat er personen in de woning aanwezig waren op het moment dat geschoten werd. Het is niet aannemelijk dat de verdachte wist dat het slachtoffer zich bevond in de slaapkamer, die niet in het verlengde van de voordeur was gelegen. Dat betekent echter niet dat de verdachte helemaal geen kennis had over de plaats van het slachtoffer. De schoten werden zo'n tien seconden nadat op de deur was geklopt afgevuurd. Vaststaat dat de deur niet is opengedaan en dat zich niemand achter de deur bevond. Dat brengt mee dat de verdachte geen geluid vlak achter de deur kan hebben gehoord en dat hij niemand door het raam van de deur kan hebben gezien. Het is derhalve

---

<sup>817</sup> De omschrijving van de schotbanen is gebaseerd op de woorden waarmee de schotbanen zijn omschreven (respectievelijk "via het glas in de voordeur" en "via de deur"). Als het nummer waarmee het kogelgat van de tweede schotbaan is aangeduid ("nummer 4") echter wordt gekoppeld aan de eerdere omschrijving van het bij dat nummer behorende kogelgat ("dat in de onderste ruit een gat zat"), dan liepen de schotbanen anders. De andere uitspraken in deze zaak bieden geen duidelijkheid over de kwestie. Voor de hieronder uit te voeren kansinschatting is de precieze loop van de schotbanen van ondergeschikt belang.



aannemelijk dat de verdachte wist dat het slachtoffer zich niet in de achter de deur gelegen gang bevond.

Deze duiding staat mogelijk op gespannen voet met het oordeel van het Hof. Het Hof overwoog dat de verdachte “willens en wetens de aanmerkelijke kans [heeft] aanvaard dat [slachtoffer] – van wie hij immers kon verwachten dat deze zich mogelijk achter de deur zou bevinden – dodelijk geraakt werd door één van de kogels.” Wellicht ligt de algemene ervaringsregel dat een bewoner zich doorgaans naar de voordeur zal begeven indien wordt aangeklopt aan dat oordeel ten grondslag. Het hoeft vermoedelijk geen betoog dat deze algemene ervaringsregel niet toegepast zou moeten worden in situaties waarin de bewoner zojuist met de dood bedreigd is door de persoon die voor de deur staat. Belangrijker is echter dat enige tijd na het kloppen de deur nog niet was opengedaan, dat de verdachte geen geluid vlak achter de deur kan hebben gehoord en dat hij niemand door het raam van de deur kan hebben gezien. Als we daaruit concluderen – zoals ik heb gedaan – dat de verdachte wist dat het slachtoffer zich niet in de achter de deur gelegen gang bevond, dan is het niet legitiem deze factor buiten beschouwing te laten.

Wat wilde de verdachte? Het staat in elk geval buiten twijfel dat de verdachte de twee schoten wilde afvuren. Dat betekent dat deze intentie geïncorporeerd moet worden in de gedraging waarop het kansoordeel betrekking heeft. Het is niet de vraag hoe groot de kans is dat iemand die gewapend naar een woning loopt een dodelijk schot zal afvuren. De vraag is – zoals reeds eerder is vastgesteld – hoe groot de kans is dat het slachtoffer in kwestie als gevolg van de twee schoten dodelijk wordt getroffen. Het is vervolgens de vraag of we meer kunnen zeggen over de aard van de schoten. Het komt mij voor dat de verdachte een grote mate van controle had over de plaats waar de kogels de voordeur doorboorden en de richting waarin de kogels werden afgevuurd.<sup>818</sup> Tegen deze achtergrond mag ervan worden uitgegaan dat de plaats en de richting van de kogels overeenstemden met de bedoeling van de verdachte.<sup>819</sup>

Deze duiding staat mogelijk op gespannen voet met het oordeel van de rechtbank Groningen in deze zaak. De rechtbank overwoog het volgende met betrekking tot de baan die de afgevuurde kogels zouden gaan afleggen:

“Naar het oordeel van de rechtbank is het op deze wijze met een pistool schieten op een voordeur van een woning volstrekt arbitrair welke baan de afgevuurde kogels zullen gaan maken, en dus volkomen van de wil van de schutter onafhankelijk of degene die zich in de woning bevindt, hierdoor al dan niet dodelijk wordt getroffen. Hiermee hebben verdachte en zijn mededader zich willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat zij aangever van het leven zouden beroven.”<sup>820</sup>

---

<sup>818</sup> De omstandigheid dat de verdachte dronken was, staat daar niet aan in de weg.

<sup>819</sup> Dat betekent dat sprake is van voldoende correspondentie tussen intentie en actus reus. Dat zou ook het geval zijn geweest indien de kogels een iets andere baan hadden afgelegd.

<sup>820</sup> Rechtbank Groningen 8 mei 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BD1211.

Het is niet helemaal duidelijk wat de rechtbank hier bedoelt. De baan van de kogel wordt primair bepaald door de richting die de kogel volgt na het afschieten alsmede de richting die de kogel krijgt nadat hij eventueel is gericocheerd. Als de rechtbank bedoelt dat de plaats waar de kogels de voordeur doorboorden en de richting waarin de kogels werden afgevuurd volstrekt arbitrair waren, kan ik de rechtbank niet volgen. Beide schoten troffen de onderkant van de voordeur (respectievelijk 50,5 centimeter en 28 centimeter vanaf de vloer) en waren naar beneden gericht. Het spreekt voor zich dat de verdachte geen totale controle had over de initiële richting van de schotbanen. Gegeven een en dezelfde intentie, zijn verschillende schotbanen denkbaar. Maar de overgrote meerderheid van de mogelijke schotbanen zullen vrij dicht bij elkaar liggen. De kans dat een persoon die de bedoeling heeft een kogel laag door de deur naar beneden te schieten de kogel zo afvuurt dat de aan het eind van de gang gelegen woonkamerdeur op een hoogte van meer dan een meter wordt getroffen, lijkt mij vrij klein. Voor zover de rechtbank echter bedoelt dat de richting van een naar beneden gericht schot kan veranderen nadat de kogel is gericocheerd, heeft de rechtbank een punt. Uit het sporenonderzoek blijkt bijvoorbeeld dat de eerste kogelbaan na het raken van de woonkamerdeur naar boven is afgebogen. Dat laat zien dat het afvuren van kogels ook gevaarlijk kan zijn indien niet in de richting van een mens wordt geschoten.<sup>821</sup>

Voor het bepalen van de kans is het niet nodig meer vast te stellen over de wil van de verdachte. De wilsrichting van de verdachte is slechts van belang voor zover zij invloed heeft op de gedraging. Of de verdachte hoopt dat de naar beneden gerichte kogels het slachtoffer op een of andere manier zullen doden of dat hij hoopt dat het slachtoffer niet geraakt wordt doch enkel hevige angsten zal uitstaan, doet niet ter zake. Deze hoop oefent immers geen invloed uit op de baan die de kogel zal volgen indien hij ricocheert. Ik merk overigens op dat er veel doeltreffender methodes bestaan dan het laag door een deur naar beneden schieten om een persoon met een pistool te doden. Tegen deze achtergrond acht ik het niet onwaarschijnlijk dat de verdachte zijn eerder op de avond gedane bedreiging niet werkelijk wilde effectueren.<sup>822</sup>

Een ander aspect dat buiten de controle van de verdachte lag, betreft de plaats waar het slachtoffer zich bevond. Hoewel aannemelijk is dat de verdachte wist dat het slachtoffer zich niet in de achter de voordeur gelegen gang bevond, wist hij niet waar het slachtoffer zich wel bevond. Aansluiting bij het

---

<sup>821</sup> Of de baan van een kogel die een deur laag en met een relatief kleine hoek treft na het afketsen volstrekt arbitrair is, waag ik overigens te betwijfelen. Het zou mij niet verbazen als er een aanzienlijke kans bestaat dat de kogelbaan na een ricochet relatief laag blijft (zoals het geval was bij een van de twee kogels). Daarbij komt dat er naar mijn inschatting ook een behoorlijke kans bestaat dat de kogelbaan geen vervolg krijgt (zoals het geval was bij de andere kogel), omdat de kogel in de vloer (of een ander object) blijft steken.

<sup>822</sup> Advocaat-Generaal Vegter komt in zijn conclusie bij HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6765 tot een andere slotsom (punt 7 en 16-20). Hij meent dat uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat de verdachte doelopzet op de dood had.

perspectief van de verdachte brengt mee dat de plaats waar het slachtoffer zich in werkelijkheid bevond niet geïncorporeerd moet worden in de gedraging waarop het kansoordeel betrekking heeft. De vraag is dus *niet* hoe groot de kans is dat het schieten tot de dood van het slachtoffer zal leiden, gegeven de omstandigheid dat het slachtoffer zich bevond in de niet in het verlengde van de voordeur gelegen slaapkamer. Toch is dat precies wat de Hoge Raad in deze zaak deed. Ik kom daar in de volgende paragraaf op terug.

Ik vat het bovenstaande samen. De volgende twee factoren waren in meerdere of mindere mate onder controle van de verdachte: (1) Het feit dat hij twee keer het wapen heeft afgevuurd. (2) Het feit dat het schot naar beneden en op de onderkant van de deur was gericht. Deze factoren dienen aldus geïncorporeerd te worden in de gedraging waarop het kansoordeel betrekking heeft. De volgende twee factoren lagen voor een belangrijk deel buiten de controle van de verdachte: (1) De schotbaan die zich voordoet indien een object geraakt zou worden. (2) De plaats waar het slachtoffer zich bevond tijdens het schieten. Deze factoren moeten derhalve niet geïncorporeerd worden in de gedraging waarop het kansoordeel betrekking heeft. De onzekerheid die bestaat over de wijze waarop deze – en andere – factoren zich zullen manifesteren, dient vertaald te worden in een kansoordeel.

De vraag hoe groot de kans op de dood van het slachtoffer is, kan naar mijn mening het best uiteengesplitst worden in twee vragen. De eerste vraag heeft betrekking op de kans dat het slachtoffer door een kogel getroffen wordt.<sup>823</sup> De tweede vraag heeft betrekking op de kans dat het slachtoffer komt te overlijden door een kogelwond indien hij geraakt is. Hieronder zal ik uitgebreid stilstaan bij beide vragen.

Ik begin met de tweede vraag: hoe groot is de kans dat iemand als gevolg van een kogelwond komt te overlijden indien hij geraakt is? Het is op zichzelf beschouwd mogelijk deze vraag rechtstreeks te beantwoorden op basis van algemene ervaringsregels. In dit geval bestaat er echter empirische informatie die behulpzaam kan zijn bij het beantwoorden van de vraag.<sup>824</sup> Tabel 7.5 bevat een schatting van de kans op de dood als gevolg van één enkele pistoolwond. De kansinschatting is in twee opzichten gespecificeerd. Er is rekening gehouden met de plaats waar het slachtoffer is geraakt en er is rekening gehouden met het kaliber van de kogel.

---

<sup>823</sup> Daaraan ligt de assumptie ten grondslag dat de kans dat het slachtoffer op een andere manier komt te overlijden door het pistoolschot verwaarloosbaar klein is. Dat is uiteraard niet onmogelijk. Het laat zich bijvoorbeeld denken dat de bewoner zo schrikt door de inslag van de kogels dat zijn hart het begeeft. Het is niet ondenkbaar dat een dergelijke wijze van het intreden van het gevolg via de redelijke toerekening onder het causaal verband zou worden gebracht.

<sup>824</sup> Zie paragraaf 7.2.4 over de relatie tussen statistische informatie en de objectieve kans.

**Tabel 7.5** Geschatte kans op de dood gerelateerd aan plaats van de wond en kaliber van de kogel (inches)<sup>825</sup>  
(aantal waarnemingen tussen haakjes)

	<b>0,22</b>	<b>0,25</b>	<b>0,32</b>	<b>0,38</b>	<b>&gt; 0,38</b>
<b>Hoofd en borst</b>	16% (69)	50% (14)	44% (18)	55% (40)	63% (8)
<b>Buik, rug en nek</b>	17% (52)	13% (15)	4% (24)	20% (25)	25% (4)
<b>Schouder, arm en been</b>	0% (170)	2% (71)	0% (52)	0% (83)	0% (11)
<b>Totaal</b>	7% (291)	10% (100)	10% (94)	18% (148)	27% (23)

Uit het onderzoek blijkt dat de plaats waar het slachtoffer geraakt wordt van groot belang is voor de kans dat de wond tot de dood leidt. Uit de tabel kan worden afgelezen dat de kans op de dood miniem is indien de kogel in een schouder, een arm of een been terechtkomt. Als we ervan uitgaan dat deze delen ongeveer de helft van het lichaamsoppervlak beslaan en bovendien veronderstellen dat de kans dat deze helft getroffen zal worden door een kogel met een willekeurige schietbaan ongeveer even groot is als de kans dat de andere helft (de rest van het lichaam) getroffen zal worden, dan kunnen we al vaststellen dat de kans op de dood in ieder geval kleiner is dan 50 procent.

Uit het onderzoek blijkt ook dat er een positief verband bestaat tussen de grootte van het kaliber en de grootte van de kans op de dood.<sup>826</sup> Aangezien bij het kansoordeel aansluiting gezocht moet worden bij het perspectief van de verdachte, dient deze factor geïncorporeerd te worden in de gedraging waarop het kansoordeel betrekking heeft. Uit het arrest blijkt dat de politie hulzen van een 9 millimeterpatroon heeft gevonden.<sup>827</sup> Dat betekent dat het kaliber in inches ongeveer 0,35 betreft. Dat ligt tussen twee in de tabel gespecificeerde kalibers in (0,32 en 0,38 inch). Om de kans op de dood voor het tussen deze kalibers in gelegen kaliber te schatten, combineer ik daarom beide categorieën (waarbij rekening wordt gehouden met het aantal waarnemingen). De kans dat een kogel in *de borst of het hoofd* tot de dood leidt, komt dan ongeveer op 52 procent. De kans dat een kogel in *de buik, rug of nek* tot de dood leidt, komt ongeveer op 12 procent. Als we er gemakshalve van uitgaan dat de kans dat een kogel met een willekeurige schietbaan in de eerstgenoemde gedeelten terechtkomt ongeveer even groot is als de kans dat een kogel in de laatstge-

<sup>825</sup> Ontleend aan: Zimring 1972, 'The medium is the message: firearm caliber as a determinant of death from assault', p. 104 (tabel 7).

<sup>826</sup> Daarmee is overigens niet gezegd dat er geen andere – en betere – factoren zouden kunnen zijn om de kans op de dood te schatten. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het gewicht, de lengte en de snelheid van de kogel. Vgl. Hollerman & Fackler 1995, 'Gunshot wounds: radiology and wound ballistics'. Zie ook paragraaf 7.2.4 (voetnoot 716) in verband met het zogenaamde referentieklassieprobleem.

<sup>827</sup> In een aan de zaak gewijd artikel wordt vermeld dat geschoten is met een Beretta pistool. Zie Zijlstra 2008, 'Roddell van 2007'.

noemde gedeelten terechtkomt, dan kunnen we deze kansgroottes middelen. De kans op de dood komt dan uit op 32 procent.

Als we de in de laatste alinea besproken kansgrootte van 32 procent middelen met de in de voorlaatste alinea besproken verwaarloosbare kansgrootte (0 procent) bij het treffen van een schouder, een arm of een been, dan komen we uit op een kansgrootte van 16 procent. De kansgrootte van 16 procent heeft aldus betrekking op het geval dat het slachtoffer op *een* plek in zijn lichaam geraakt wordt door een kogel.<sup>828</sup> Deze gecombineerde kans op de dood berust op de assumptie dat de plaats waar een kogelwond zich zal manifesteren – gegeven het feit dat de wond veroorzaakt is door een kogel met een willekeurige schietbaan – gerelateerd is aan het lichaamsoppervlak. De kans dat de kogel een bepaalde vierkante centimeter op het hoofd zal raken, wordt met andere woorden net zo groot geschat als de kans dat de kogel een bepaalde vierkante centimeter op de enkel zal raken. De hier vastgestelde gecombineerde kansgrootte gegeven het feit *dat iemand geraakt is*, laat zich goed combineren met de hieronder te bepalen kansgrootte *of iemand geraakt zal worden*.

Ik kom nu toe aan de andere vraag die van belang is voor de kansbepaling: hoe groot is de kans dat het slachtoffer door een kogel getroffen wordt? De hierboven bepaalde kansgrootte van 16 procent heeft betrekking op het geval dat het slachtoffer gewond is geraakt door een kogel. Om de kans te bepalen dat het slachtoffer dodelijk getroffen zal worden, moet de kansgrootte van 16 procent gecombineerd worden met de kans dat het slachtoffer door één of twee kogels getroffen wordt. Twee belangrijke kansbepalende factoren zijn de schietbaan na een eventuele ricochet en de plaats waar het slachtoffer zich bevond. Uit het sporenonderzoek blijkt dat de eerste kogelbaan na het raken van de woonkamerdeur iets naar boven is afgebogen. De tweede kogelbaan eindigde echter gelijk in de vloer van de gang. Deze feiten moeten niet geïncorporeerd worden in de gedraging waarop het kansoordeel betrekking heeft; dit zijn slechts illustraties van dingen die kunnen gebeuren als een kogel op deze wijze wordt afgevuurd. Hetzelfde geldt met betrekking tot de plaats van het slachtoffer. Een van de mogelijke scenario's is dat het slachtoffer zich wél had bevonden in de in het verlengde van de voordeur gelegen woonkamer. Het is niet juist om – zoals de Hoge Raad deed – de omstandigheid dat het slachtoffer zich bevond in de niet in het verlengde van de voordeur gelegen slaapkamer als uitgangspunt te nemen.

De kans dat het slachtoffer door een al dan niet gericocheerde kogel getroffen wordt, laat zich niet zo gemakkelijk vaststellen. Er moet in elk geval rekening worden gehouden met de twee bovengenoemde factoren: de mogelijke plaatsen waar het slachtoffer zich bevindt en de mogelijke banen van een al dan niet gericocheerde kogel. In een eerdere versie van dit stuk vermeldde

---

<sup>828</sup> De kans op de dood is hoger in het geval iemand getroffen wordt door twee kogels. Ik heb deze factor niet bij de berekening betrokken, omdat de kans daarop behoorlijk klein is.

ik slechts dat de trefkans naar mijn inschatting zeker niet boven de 10 procent uitkwam. Later heb ik een klein simulatieonderzoek ondernomen om mijn intuïtie te testen. Het doel van de simulatie is om een bovengrens voor de trefkans vast te stellen. Het simulatieonderzoek berust op de volgende vijf uitgangspunten:

1. Het gaat om een woning van 5 meter breed en 10 meter diep, waarbij een kogel door het midden van de 5 meter brede voorkant werd geschoten.
2. Het slachtoffer wordt gerepresenteerd door een blok met een omtrek van 50 bij 50 centimeter.
3. Het slachtoffer kan zich op elke plek in de woning bevinden. De woning is verdeeld in 200 genummerde plaatsen van 50 bij 50 centimeter, waar het slachtoffer zich zou kunnen bevinden. De assumptie is dat de kans op de aanwezigheid van het slachtoffer op elk van die plaatsen even groot is.
4. De kogel kan elke willekeurige hoek in het horizontale vlak maken. In dit onderzoek is het aantal mogelijke hoeken beperkt tot alle hele graden tussen 0 en 180 graden ( $0 \leq x \leq 180$ ). De assumptie is dat de kans op het zich voordoen van elke hoek even groot is.
5. De assumptie is dat een kogel die een zodanige hoek aanneemt dat hij de richting van het slachtoffer opgaat het slachtoffer altijd zal treffen. In de praktijk zal een kogel uiteraard ook hoeken in het verticale vlak kunnen maken, zodat een kogel voor het slachtoffer in de grond kan komen of over het slachtoffer heen kan vliegen. Daarnaast kan een kogel gestopt worden door een object, zoals een muur.

Het simulatieonderzoek kreeg op de volgende wijze gestalte. Met een *random number generator* zijn 1000 getallen gegenereerd die staan voor de 200 plaatsen in de woning waar het slachtoffer zich zou kunnen bevinden ( $1 \leq x \leq 200$ ). Daarnaast zijn 1000 getallen gegenereerd die staan voor 181 mogelijke hoeken van de kogel ( $0 \leq x \leq 180$ ). Vervolgens heb ik voor elk paar van getallen met behulp van een plattegrond vastgesteld of de baan van de kogel, die aanvangt in het midden van de voorkant van de woning, kruist met het blok dat de plaats van het slachtoffer representeert. Het eerste nummerpaar betrof bijvoorbeeld plaats nummer 55 in de woning en een hoek van 69 graden van de kogel. In dat geval kruiste de kogel het blok niet. Nummerpaar 51 betrof plaats nummer 142 in de woning en een hoek van 56 graden van de kogel. In dat geval trof de kogel wel doel. In 48 van de 1000 op deze wijze uitgevoerde simulaties werd het blok doorkruist door de kogelbaan. Als we deze simulatie

als een schatting van de kans opvatten, dan leidt dat tot een kansgrootte van 4,8 procent (1 op de 21 keer).<sup>829</sup>

Het interessante van het zelf uitvoeren van een dergelijk experiment is dat dit een soort persoonlijke ervaringsregel genereert. Het daadwerkelijk ervaren dat een denkbeeldige kogel 952 van de 1000 keer geen doel treft, maakt op indringende wijze duidelijk dat de kans dat de kogel geen doel treft bijzonder groot is. Het uitvoeren van een dergelijk simulatieonderzoek levert meer op dan een getal. Het geeft ook inzicht in wat de betekenis van een door een getal uitgedrukte kansgrootte is. Het is een gelukkig toeval dat de trefkans en de miskans die uit dit onderzoek naar voren komen in de buurt liggen van de kansgroottes die de grens tussen een veroordeling en een vrijspraak markeren.<sup>830</sup> De gewaarwording die zich na het experiment voordoet ten aanzien van de *miskans* van de kogel (95,2 procent) staat symbool voor de overtuigingsgraad van een rechter die net voldoende overtuigd is van de schuld van de verdachte. De bij de *trefkans* (4,8 procent) behorende gewaarwording staat symbool voor een mate van twijfel die nog net door de beugel kan. Deze kans op het veroordelen van een onschuldige mag de rechter nog net op de koop toenemen.

De kans dat het slachtoffer door *één* kogel getroffen wordt, is op basis van het zojuist beschreven simulatieonderzoek geschat op 4,8 procent. De vraag die centraal staat, is echter hoe groot de kans is dat het slachtoffer getroffen zal worden door een of meer van de *twee* door de verdachte afgevuurde schoten. Uitgaande van de assumptie dat de trefkans voor beide schoten even groot is, komen we dan uit op een kans van 9,4 procent dat het slachtoffer geraakt zal worden door *één* of twee kogels.<sup>831</sup> Deze kans is een fractie lager dan de som van de individuele kansen.

We beschikken nu over alle gegevens om de vraag waar het om te doen is te beantwoorden: hoe groot is de kans dat het slachtoffer in kwestie als gevolg van de twee schoten dodelijk wordt getroffen? Deze totale kans kan berekend worden door de zojuist geschatte kans dat het slachtoffer geraakt zal worden (9,4 procent) te combineren met de eerder geschatte kans dat een kogelwond tot de dood zal leiden (16 procent). De kans dat het slachtoffer in kwestie als gevolg van de twee schoten dodelijk wordt getroffen, komt ongeveer uit op 1,5 procent. Op basis van deze schatting zou grofweg 1 op de 66 van dit soort incidenten tot de dood van het slachtoffer leiden.

Het moet onmiddellijk worden toegegeven dat het mogelijk is tot een betere, van meer onderbouwing voorziene inschatting van de kans te komen. Daarbij zou bijvoorbeeld acht geslagen kunnen worden op andere kansbepalende factoren. Het is echter de vraag of dat noodzakelijk is. De vraag of het nodig is

---

<sup>829</sup> Het betrouwbaarheidsinterval (95 procent) van deze steekproef ligt tussen de 3,6 en 6,3 procent.

<sup>830</sup> Zie paragraaf 2.4.

<sup>831</sup> Het betreft de cumulatieve binomiale kans, waarbij de assumptie is dat het om twee onafhankelijke en gelijke kansen gaat.

een diepgravender onderzoek uit te (laten) voeren, hangt af van het criterium waaraan getoetst wordt. Als de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans' op 50 procent gesteld wordt, dan is het evident dat die drempel bij lange na niet gehaald wordt. Uit de eerder in deze paragraaf opgenomen tabel 7.5 blijkt dat het er zelfs nog om spant of een aanmerkelijke kans op de dood kan worden aangenomen als vaststaat dat iemand in zijn hoofd of borst is getroffen. Ook als wordt uitgegaan van de in mijn proefschrift gesuggereerde ondergrens van 10 procent, kan niet bewezen worden dat sprake was van een aanmerkelijke kans.

Het is alleen nodig een diepgravender onderzoek uit te (laten) voeren als de verwachting bestaat dat dat juridisch van belang kan zijn. Dat zou hier het geval zijn als verwacht mag worden dat de factoren die buiten beschouwing zijn gelaten de kansinschatting zodanig naar boven zouden kunnen bijstellen dat het bestaan van een aanmerkelijke kans wél kan worden bewezen. Dat lijkt mij evident niet het geval. In de eerste plaats bestaan er aanwijzingen dat de kans op de dood, gegeven het feit dat iemand getroffen is, lager moet worden ingeschat dan de hier als uitgangspunt genomen 16 procent.<sup>832</sup> In de tweede plaats valt aan te nemen dat de kans om door één of twee kogels getroffen te worden lager moet worden ingeschat dan de kans van 9,4 procent die op het simulatieonderzoek is gebaseerd.<sup>833</sup> Al met al kan geconcludeerd worden dat de globale door mij uitgevoerde kansbepaling in dit geval volstaat.

Ik merk op dat de conclusie dat geen sprake is van een aanmerkelijke kans in mijn beleving ook wel zonder (diepgravend) onderzoek kan worden bereikt. De door mij uitgevoerde globale kansinschatting levert slechts een bevestiging op van de gedachte die mij bij de initiële lezing van het arrest bekreep. Ik zou menen dat een redenering die uitsluitend gestoeld is op algemene ervaringsregels in deze zaak volstaat. Daarbij is van belang dat de op

---

<sup>832</sup> Dit wordt onder meer ingegeven door de volgende factoren, die betrekking hebben op het extrapoleren van het onderzoek van Zimring (tabel 7.5): (1) Bestaat er niet een gereede kans dat iemand die getroffen wordt door een kogel die met een relatief kleine hoek laag op een deur werd gericht, laag wordt getroffen, zodat minder snel vitale lichaamsdelen zullen worden getroffen? (2) Wordt de kans te overlijden aan een kogelwond niet verkleind indien de kogel door meerdere objecten heen is gegaan en eventueel is gericocheerd, omdat de kogel daardoor snelheid verliest? (3) Is de kans door een kogelwond te overlijden in Nederland anno 2007 (pleegdatum), mede tegen de achtergrond van de vooruitgang in de gezondheidssector, wel net zo groot als in Chicago in 1970 (onderzoeksgegevens)?

<sup>833</sup> Dit wordt onder meer ingegeven door de volgende factoren, die betrekking hebben op het extrapoleren van het simulatieonderzoek: (1) Bestaat er geen behoorlijke kans dat een kogel die een deur laag en met een relatief kleine hoek treft geen vervolg krijgt (zoals het geval was bij een van de kogels), omdat de kogel in de vloer (of een ander object) blijft steken? (2) Is het trefoppervlak van het blok met een omtrek van 50 bij 50 centimeter dat symbool stond voor het slachtoffer niet substantieel groter dan het trefoppervlak van een gemiddeld manspersoon? (3) Dient de kans geraakt te worden door het tweede schot niet kleiner te worden ingeschat dan de kans getroffen te worden door het eerste schot, omdat te verwachten valt dat men preventieve maatregelen zal nemen?



algemene ervaringsregels gestoelde redenering noopt tot een vrijspraak. Het is in dat verband niet nodig de onderste steen boven te krijgen.

Het feit dat diverse rechterlijke colleges van oordeel waren dat wel sprake was van een aanmerkelijke kans, laat echter zien dat verschillend over deze kwestie gedacht kan worden.<sup>834</sup> Het is niet zonder meer duidelijk hoe dat verklaard moet worden. Gingen de feitenrechters uit van een (veel) lagere ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ dan ik deed of gingen ze ervan uit dat er een (veel) grotere kans op de dood was dan volgens mijn taxatie het geval was?<sup>835</sup> In het licht van het in dubio pro reo-beginsel hadden de feitenrechters er wellicht goed aan gedaan de vraag naar de grootte van de objectieve kans voor te leggen aan deskundigen.<sup>836</sup> In een dergelijke unieke zaak kan een veroordeling niet enkel en alleen gestoeld worden op algemene ervaringsregels.

Ik kom tot een afronding van deze paragraaf. De in deze paragraaf uitgevoerde kansbepaling illustreert twee dingen. In de eerste plaats wordt geïllustreerd hoe bij het inschatten van de kans kan worden aangesloten bij het perspectief van de actor. In de tweede plaats wordt geïllustreerd hoe bepaalde onderzoeken als ankerpunt kunnen dienen voor de kansbepaling. In dit geval was zowel een rol weggelegd voor statistische informatie over de kans aan een kogelwond te overlijden als voor een simulatieonderzoek over de kans door een kogel getroffen te worden.

#### 7.5.4 Verhouding tot de rechtspraak van de Hoge Raad

Ik zal nu stilstaan bij de vraag hoe mijn analyse van de Groninger schietzaak zich verhoudt tot het oordeel van de Hoge Raad.<sup>837</sup> De Hoge Raad overweegt dat de aanmerkelijke kans op de dood niet zonder meer uit de bewijsvoering kan volgen, omdat daaruit volgt dat het slachtoffer zich ten tijde van het schieten in de zich niet in het verlengde van de voordeur gelegen slaapkamer be-

---

<sup>834</sup> Zie voor de uitspraak van de rechtbank en het Hof: rechtbank Groningen 8 mei 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BD1211 en Hof Leeuwarden 3 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH1713. Zie voor de uitspraak ten aanzien van de medeverdachte: rechtbank Groningen 8 september 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BF0044.

<sup>835</sup> Zie ook rechtbank Amsterdam 2 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1656, waarin de rechtbank in een tot op zekere hoogte vergelijkbare zaak een aanmerkelijke kans op de dood van een willekeurige voorbijganger aanneemt. De rechtbank relateert de aanmerkelijke kans op de dood ten aanzien van het afvuren van een schot in een parkeergarage aan het feit dat “omgevingsfactoren het (...) onmogelijk maken om zeker te stellen dat door het afvuren van een dergelijk schot niemand fataal geraakt wordt.”

<sup>836</sup> In het ideale geval wordt de kans geschat door een (groot) aantal deskundigen, waarbij de uitkomsten worden gemiddeld. Zie voor de achterliggende gedachte van deze procedure: Hofstee 1993, ‘Uitbuiting van de dagelijkse ervaring: facetten van een psychometrische waarheidsbenadering’ en Hofstee 1999, ‘Principes van beoordeling: methodiek en ethiek van selectie, examinering en evaluatie’.

<sup>837</sup> HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6765.

vond. De motivering die de Hoge Raad aan zijn oordeel ten grondslag legt, wekt de indruk dat in deze zaak wél een aanmerkelijke kans aangenomen had kunnen worden indien het slachtoffer zich – ceteris paribus – toevallig achter de woonkamerdeur had bevonden (en al dan niet geraakt was). In mijn optiek wordt het kansoordeel dan te veel opgehangen aan factoren die zich buiten de invloedssfeer van de verdachte bevinden.

In dit geval vloeit er geen bloed uit de perspectiefkeuze van de Hoge Raad. Ook indien uitgegaan wordt van een perspectief dat beter aansluit bij het perspectief van de verdachte, is de conclusie immers dat geen sprake was van een aanmerkelijke kans. Dat betekent dat het oordeel van de Hoge Raad – wat er ook zij van de gronden die hij daarvoor heeft aangevoerd – als juist moet worden gezien. Het innemen van een verkeerd perspectief zou in andere zaken echter gemakkelijk kunnen leiden tot contra-intuïtieve uitkomsten. Bijna alle manifestaties van de relatief ondeugdelijke poging zouden door een verkeerde perspectiefkeuze kunnen nopen tot de conclusie dat geen sprake is van een aanmerkelijke kans in objectieve zin, zodat geen sprake kan zijn van voorwaardelijk opzet.

Het mag gevoeglijk worden aangenomen dat de Hoge Raad het bereik van het opzet – en daarmee het bereik van de poging – niet op zo'n ingrijpende wijze heeft willen inperken. Dat blijkt onder meer uit HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5260. In deze zaak had de verdachte zesmaal geschoten in de richting van de ramen van een op de eerste verdieping gelegen slaapkamer. Vier van de schoten gingen door het middelste van drie ramen, waarachter zich een volledig uitgerold rolgordijn bevond. De Hoge Raad laat de bewezenverklaring wegens poging tot doodslag in stand:

“In de hiervoor in 2.2.2 weergegeven overwegingen ligt als oordeel van het Hof besloten dat de gedragingen van de verdachte de aanmerkelijke kans op de dood van [slachtoffer 1] en [slachtoffer 2] in het leven hebben geroepen. Dit oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk. Daarbij wordt in het bijzonder in aanmerking genomen dat, zoals het Hof heeft vastgesteld, de verdachte zesmaal heeft geschoten in de richting van de ramen van de kleine dakkapel, de slaapkamer, waarin [slachtoffer 1] en [slachtoffer 2], naar voor de verdachte kenbaar was, aanwezig waren, dat vier door de verdachte afgevuurde kogels op geringe afstand, maximaal 72 cm, van de plaats waar [slachtoffer 1] en [slachtoffer 2] zich bevonden door het middelste raam zijn gegaan en twee kogels tegen de muur onder het rechterraam waarvoor zij aanvankelijk stonden zijn terechtgekomen, waarvan één recht onder dit raam, en dat de hoogte van de kogelinslagen in het middelste raam van dien aard was dat de kogels vitale lichaamsdelen van de in die slaapkamer aanwezige personen hadden kunnen treffen. Anders dan het middel betoogt, heeft het Hof bij zijn oordeel alle relevante omstandigheden meegewogen, en daarbij ook betrokken dat het voor de verdachte niet kenbaar was waar in de slaapkamer genoemde personen zich ten tijde van het schieten precies bevonden of waar zij zich naar toe bewogen, dat de verdachte van de indeling noch

de inrichting van die slaapkamer op de hoogte was, en dat de verdachte een ongeoeffend schutter was.”

Advocaat-Generaal Knigge wijst er in zijn conclusie op dat de verklaring van de verdachte dat hij bewust in het raam heeft geschoten dat naast het raam lag waarachter de slachtoffers zichtbaar waren geweest, het Hof er naar zijn inschatting toe noopte gebruik te maken van voorwaardelijk opzet. Aangezien het Hof expliciet overweegt dat deze verklaring niet afdoet aan het opzet, moet in cassatie volgens hem van de juistheid van die verklaring worden uitgegaan. In paragraaf 7.5.2 heb ik betoogd dat kennis over de psychische gesteldheid van de actor een rol moet spelen bij het vaststellen van de objectieve kans. De objectieve kans op een gevolg moet – *ceteris paribus* – hoger worden ingeschat bij iemand die doelopzet heeft op het gevolg dan bij iemand die het gevolg liever wil vermijden. Het is immers algemeen bekend dat mensen een zekere vaardigheid bezitten in het bereiken van hun doelen. Het interessante aan de redenering van het Hof is dat het de aanmerkelijke kans in dit geval juist ophangt aan de gebrekkige vaardigheid en de gebrekkige kennis van de verdachte. De bij het perspectief van de verdachte aansluitende factoren dat hij een ongeoeffend schutter was (zodat de kogels dus ook op een andere plaats dan waarop hij richtte terecht zouden kunnen komen) en dat hij niet wist waar de slachtoffers zich bevonden in de slaapkamer waarvan hij de indeling noch de inrichting kende (zodat de kogels hen dus ook al dan niet direct konden treffen) liggen juist ten grondslag aan het oordeel dat sprake was van een aanmerkelijke kans.

De Hoge Raad laat de uitspraak van het Hof in stand. Hij acht het klaarblijkelijk niet bezwaarlijk dat het Hof aansluiting bij het perspectief van de verdachte heeft gezocht. Daarnaast heeft hij er kennelijk geen bezwaar tegen dat het Hof abstraheert van de omstandigheid dat de slachtoffers zich tijdig uit de voeten hadden gemaakt en van het feit dat het plafond van gips was (waardoor er volgens de verdediging geen kans op het ricocheren van de kogels bestond). Wel valt op dat de Hoge Raad de aandacht vestigt op het feit dat de hoogte van de kogelinslagen in het middelste raam van dien aard was dat de kogels vitale lichaamsdelen van de in die slaapkamer aanwezige personen hadden kunnen treffen. Indien daarmee geïmpliceerd wordt dat de kans op de dood minder hoog moet worden ingeschat indien de slachtoffers niet meer in de slaapkamer aanwezig waren geweest (omdat ze bijvoorbeeld snel de trap naar beneden hadden gepakt), kan ik me daarin niet vinden.<sup>838</sup> Aansluiting bij het perspectief van de verdachte, die niet wist hoe het huis was ingedeeld en niet kon zien wat de slachtoffers deden, brengt mee dat ook van die omstandigheid geabstraheerd zou moeten worden.

---

<sup>838</sup> Knigge & Wolswijk 2015, ‘Het materiële strafrecht’, p. 121 duiden de jurisprudentie van de Hoge Raad zo dat geabstraheerd mag worden van de feitelijke omstandigheden zodra iemand zich in de kamer bevindt waarop wordt geschoten. Van de omstandigheid dat iemand niet (meer) in de kamer aanwezig is, mag echter niet worden geabstraheerd.

HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2763 kan in dezelfde lijn worden geplaatst. In deze zaak had de verdachte het slachtoffer met een mes in zijn buik gestoken. Daarbij deed zich de bijzondere omstandigheid voor dat het slachtoffer een steekwerend vest droeg. De Hoge Raad verwierpt het cassatiemiddel, waarin werd betoogd dat het Hof bij de beantwoording van de vraag of de verdachte voorwaardelijk opzet op de dood had ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten dat het slachtoffer een steekwerend vest droeg.<sup>839</sup>

“Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte [slachtoffer] met kracht met een mes in de buikstreek heeft gestoken. Daaruit heeft het Hof afgeleid dat de verdachte voorwaardelijk opzet op de dood van [slachtoffer] had, nu het met kracht met een mes steken in de buikstreek, waar zich vitale organen bevinden, een aanmerkelijke kans op de dood oplevert en de verdachte die kans bewust heeft aanvaard. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. De enkele omstandigheid dat – naar ten ververe is aangevoerd – de toegebrachte verwonding nadien niet levensbedreigend bleek te zijn omdat [slachtoffer] op het moment van steken een steekwerend vest droeg, leidt niet tot een ander oordeel, reeds omdat het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte met zodanige kracht heeft gestoken dat het steekwerende vest door de messteek is doorboord. Overigens is – gelet op het (toekomstgerichte) karakter van een poging – zo’n bijzondere omstandigheid als het dragen van een steekwerend vest niet onverenigbaar met de voor een poging toereikende vaststelling dat het met kracht steken van een mes in de buikstreek normaal gesproken een aanmerkelijke kans op de dood doet ontstaan.”

De Hoge Raad stelt eerst vast dat het middel reeds niet slaagt omdat de verdachte met zodanige kracht heeft gestoken dat het steekwerende vest door de messteek is doorboord. Daaruit kan worden afgeleid dat het vest volgens de Hoge Raad de kans in dit specifieke geval niet zodanig verlaagde dat niet meer gesproken kon worden van een aanmerkelijke kans.

Het venijn zit hier echter in de staart. In de laatste volzin impliceert de Hoge Raad dat ook een aanmerkelijke kans zou kunnen worden aangenomen indien het steekwerende vest wél afdoende bescherming had geboden. Het argument dat de Hoge Raad daarvoor aanvoert, vertoont gelijkenis met een argument dat ik in paragraaf 7.3.3.2 heb opgevoerd. Ik betoogde daar dat het toekomstgerichte karakter van het *opzet* pleit tegen het eisen van een aanmerkelijke kans in objectieve zin. De Hoge Raad gebruikt het toekomstgerichte karakter van de *poging* hier vermoedelijk als argument om bij het bepalen van de aanmerkelijke kans in objectieve zin te kunnen abstraheren van een omstandigheid die niet aan de verdachte bekend was.<sup>840</sup> Dat zou betekenen

<sup>839</sup> Zie conclusie Advocaat-Generaal Vellinga bij HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2763 (punt 3 en 7).

<sup>840</sup> Daarover is in deze zaak overigens niets vastgesteld. Het is ook denkbaar dat de verdachte juist zo hard stak, omdat hij wist dan wel bemerkte dat het slachtoffer een

dat aansluiting gezocht moet worden bij datgene wat voor de verdachte kenbaar was op het moment van handelen. Als een bijzondere kansverlagende (of kansverhogende) factor niet kenbaar is, dan moet teruggevallen worden op de gevolgen die normaal gesproken te verwachten vallen.

De twee bovenbesproken arresten van de Hoge Raad passen derhalve goed bij mijn analyse van de Groninger schietzaak. Kern van die visie is dat bij het bepalen van de objectieve kans aansluiting moet worden gezocht bij het perspectief van de actor. Deze interpretatie zorgt ervoor dat het bereik van het opzet – en daarmee het bereik van de poging – niet op al te radicale wijze wordt ingeperkt.

Een en ander roept wel de vraag op wat de status is van HR 6 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2760 en HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL 6765 (Groninger schietzaak). Brengt het feit dat de Hoge Raad geen afstand genomen heeft van deze uitspraken mee dat de uitspraken – voor wat betreft het in te nemen perspectief – nog steeds als uitgangspunt van interpretatie moeten fungeren? Ik zou menen dat dat niet het geval is. De door Rozemond bepleite methode van constructieve rechtsvinding schrijft voor dat het recht uitgelegd moet worden als een eenheid waarin geen tegenspraak is.<sup>841</sup> Uit deze benadering vloeit voort dat bepaalde uitspraken van de Hoge Raad terzijde kunnen worden geschoven, omdat ze niet passen bij de rechtvaardiging die ten grondslag ligt aan andere uitspraken van de Hoge Raad.<sup>842</sup> Tegen deze achtergrond meen ik dat deze uitspraken het best buiten beschouwing kunnen worden gelaten voor zover het gaat om het bij de kansbepaling in te nemen perspectief.

### 7.5.5 Besluit

In deze paragraaf is de opvatting verdedigd dat bij het bepalen van de kans in objectieve zin aansluiting gezocht moet worden bij het perspectief van de actor. Deze benadering is geïllustreerd tegen de achtergrond van een aantal door de Hoge Raad gewezen arresten. Daarmee is niet gezegd dat een mal geschapen is die zich zonder meer op andere zaken laat toepassen. De vraag hoe aansluiting moet worden gevonden bij het perspectief van de actor laat zich niet in zijn algemeenheid beantwoorden. Het volgende hoofdstuk is voor een belangrijk deel gewijd aan de vraag hoe de kans die gepaard gaat met bepaalde verkeersgedragingen geduid moet worden. Het is in dat verband bijvoorbeeld de vraag hoe omgegaan moet worden met intoxicatie van de

---

steekwerend vest droeg. Het in de conclusie aangehaalde cassatiemiddel lijkt overigens van de assumptie uit te gaan dat de verdachte zich wel bewust was van een aanmerkelijke kans (zodat hij dus vermoedelijk niet op de hoogte was van het steekwerende vest).

<sup>841</sup> Rozemond 1998, 'Strafvorderlijke rechtsvinding', p. 40 en 50-54. Vgl. ook Dworkin 1986, 'Law's empire', p. 225-275.

<sup>842</sup> Vgl. Dworkin 1986, 'Law's empire', p. 99 en 271.

actor en met (mogelijke) ontwijkingsgedragingen van het slachtoffer bij het inrijden op personen.

Het verdient opmerking dat *aansluiting bij* het perspectief van de actor wat anders is dan *vereenzelviging met* het perspectief van de actor. In het laatste geval zou het immers niet meer gaan om een kans in objectieve zin, maar om een kans in subjectieve zin.<sup>843</sup> Het aansluiten bij het perspectief van de actor heeft betrekking op de intenties en overtuigingen die de kansgrootte beïnvloeden; het gaat daarbij in beginsel niet om de inschatting van de kans zelf. In de Groninger schietzaak ging het bijvoorbeeld om de intentie de kogel naar beneden te schieten en de overtuiging dat zich niemand vlak achter de voordeur bevond. Deze geestesgesteldheden zien niet op de subjectieve kans in de zin van strafrechtelijk opzet, namelijk de overtuigingsgraad van de actor met betrekking tot het veroorzaken van de dood van een ander.

Het is echter wel het geval dat het aansluiten bij het perspectief van de actor meebrengt dat de objectieve en de subjectieve kans eerder met elkaar zullen overeenstemmen dan anders het geval was. Als de actor beschikt over de in de maatschappij gebruikelijke kennis, dan zal zijn inschatting van de kans doorgaans min of meer overeenstemmen met de objectieve kansbepaling, die gebaseerd is op de in de maatschappij aanwezige kennis. De correspondentie tussen de objectieve en de subjectieve kans heeft bewijsrechtelijke voordelen.

Een en ander neemt niet weg dat de objectieve en de subjectieve kans onder omstandigheden wel degelijk uiteen kunnen lopen. Dat zal zich met name voordoen als de objectieve kans zich niet (alleen) op basis van algemene ervaringsregels laat inschatten, als de inschatting van de actor onder grote tijdsdruk tot stand kwam of als de actor niet over de capaciteiten van een normaal mens beschikt.

De objectieve en de subjectieve kans kunnen op twee relevante manieren uiteenlopen.<sup>844</sup> In de eerste plaats kan het zich voordoen dat de actor zich niet bewust is van een aanmerkelijke kans, terwijl de objectieve kans wel aanmerkelijk is. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als de actor niet over de in de maatschappij gebruikelijke kennis beschikt, zodat hij geen gevaar ziet waar een redelijk mens dat wel zou zien.<sup>845</sup> In de tweede plaats kan het gebeuren dat de actor overtuigd is van de aanwezigheid van een aanmerkelijke kans, doch dat de objectieve kans niet aanmerkelijk is. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als de actor dwaalt ten gevolge van een waanvoorstelling.<sup>846</sup>

---

<sup>843</sup> Zoals deze begrippen zijn gedefinieerd in paragraaf 7.2.

<sup>844</sup> Zie paragraaf 7.3.2.

<sup>845</sup> Zie bijv. HR 5 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9713, waarin het Hof oordeelde dat gelet op de geestelijke capaciteiten van de verdachte niet bewezen kon worden dat hij bewust de aanmerkelijke kans op de koop heeft toegenomen dat hij zijn echtgenote in hulpeloze toestand zou laten (art. 255 Sr).

<sup>846</sup> Advocaat-Generaal Hartevelt geeft in zijn conclusie bij HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2761 een voorbeeld in verband met poging tot doodslag: het met een aangepunte houten paal het hart van een begravene doorboren, terwijl de actor veronderstelt dat deze persoon een schijnhode vampier is.

Hoewel aansluiting bij het perspectief van de actor de ongewenste gevolgen van een objectief kansvereiste binnen de perken kan houden, zou het mijn sterke voorkeur hebben het opzetbegrip niet te belasten met een objectief kansvereiste. In paragraaf 7.3.3 heb ik vier argumenten die pleiten voor een objectief kansvereiste kritisch besproken. In paragraaf 7.3.3.6 wees ik ook op twee praktische nadelen die kleven aan een objectief kansvereiste. Aangezien deze praktische bezwaren zich goed laten illustreren aan de hand van later in dit hoofdstuk besproken materie, herhaal ik beide bezwaren op deze plaats. Deze praktische bezwaren vormen een aanvullende reden het wezensvreemde element van de objectieve kans niet in het opzetbegrip te incorporeren.

Een eerste bezwaar van een objectief kansvereiste is dat antwoord gegeven moet worden op de lastige vraag welk perspectief dient te worden ingenomen bij het bepalen van de objectieve kansgrootte. De analyse in deze paragraaf heeft laten zien dat het bepalen van het juiste perspectief een complexe aangelegenheid kan vormen. Als een onjuist perspectief tot uitgangspunt wordt genomen, hetgeen gezien de rechtspraak van de Hoge Raad bepaald niet denkbeeldig is, kan dat leiden tot contra-intuïtieve uitkomsten. Bijna alle manifestaties van de relatief ondeugdelijke poging zouden door een verkeerde perspectiefkeuze kunnen nopen tot de conclusie dat geen sprake is van een aanmerkelijke kans in objectieve zin, zodat geen sprake kan zijn van voorwaardelijk opzet. Als het bij opzet, conform het spraakgebruik, alleen om de subjectieve kans gaat, dan wordt de aandacht automatisch gericht op het perspectief van de actor. Het opzet wordt dan niet aangetast door factoren die *tempore delicti* niet aan de actor bekend waren.

Een tweede bezwaar van een objectief kansvereiste is dat het verplichtingen kan scheppen die de rechtspraktijk niet kan of niet wil waarmaken. Als de aanwezigheid van een aanmerkelijke kans in objectieve zin een vereiste van voorwaardelijk opzet vormt, dan brengt dat mee dat onder omstandigheden een complex en tijdrovend onderzoek naar de grootte van de kans is vereist. Die noodzaak doet zich voor als het erom spant of de ondergrens – wat deze ook moge zijn – al dan niet wordt gehaald. Indien men die consequentie niet wenst te trekken, vormt dat een argument tegen het incorporeren van een objectief kansvereiste in het opzetbegrip. De aandacht kan dan volledig gericht worden op de evenmin van complexiteiten onblote vraag wat de actor dacht op het moment dat hij handelde (de subjectieve kans).

## Hoofdstuk 8

# Een kritische evaluatie van de feitenrechtspraak

### 8.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik de feitenrechtspraak aan een kritische evaluatie onderwerpen. In paragraaf 8.2 zet ik uiteen dat ik uitspraken van feitenrechters rechtstreeks aan het in dubio pro reo-beginsel zal toetsen. Paragraaf 8.3 en 8.4 staan primair in het teken van de kans in objectieve zin. In paragraaf 8.3 analyseer ik het inrijden op agenten. Paragraaf 8.4 is gewijd aan het rijden onder invloed in verband met de anterieur-opzetconstructie. Paragraaf 8.5 staat in het teken van de vraag of een breder toepassingsbereik moet worden toegekend aan de Porschedoctrine. Deze vraag wordt beantwoord tegen de achtergrond van de eerder geïntroduceerde kansintegratietheorie. In paragraaf 8.6 maak ik de balans op naar aanleiding van de uitgevoerde analyses. Ik verdedig de opvatting dat de meeste bewezenverklaringen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer in strijd zijn met het in dubio pro reo-beginsel. Ik probeer te doorgronden waarom rechters tot een veroordeling komen en werp de vraag op of een ernstiger gevaarzettingsdelict kan voorzien in de strafbehoefte die nu een uitweg vindt in ongegronde veroordelingen wegens poging tot doodslag.

### 8.2 Toetsingsmethodologie

#### 8.2.1 Inleiding

In deze paragraaf ga ik in op de vraag op welke wijze ik de uitspraken van feitenrechters aan een toetsing zal onderwerpen. In paragraaf 8.2.2 wordt uiteengezet dat de Hoge Raad uitspraken van feitenrechters op zeer terughoudende wijze toetst. In paragraaf 8.2.3 staat het *toetsingscriterium* dat ik in dit hoofdstuk tot uitgangspunt zal nemen centraal. Ik verdedig de opvatting dat de uitspraken rechtstreeks getoetst moeten worden aan het in dubio pro reo-beginsel. In paragraaf 8.2.4 staat de *toetsingsgrondslag* centraal. Het gaat daarbij om de (juiste) interpretatie van het opzetbegrip. Ik sta kort stil bij een aantal belangrijke interpretatiebeslissingen die in eerdere hoofdstukken zijn genomen.



## 8.2.2 De terughoudende benadering van de Hoge Raad: beperkte en marginale toetsing

In hoofdstuk 2 heb ik aandacht besteed aan de vraag op welke wijze de Hoge Raad uitspraken van de feitenrechter toetst.<sup>847</sup> Ik kwam daar tot de conclusie dat de Hoge Raad de feitenrechter tot op grote hoogte vrijlaat om bij een bepaald feitencomplex tot een veroordeling dan wel een vrijspraak te komen. In de onderhavige paragraaf staat de toetsing van veroordelingen centraal. Het gaat op deze plaats derhalve alleen om de wijze waarop *veroordelingen* door de Hoge Raad worden getoetst. Er zijn twee belangrijke redenen waarom de feitenrechter een grote vrijheid heeft te komen tot een veroordeling: beperkte toetsing en marginale toetsing.<sup>848</sup>

De eerste factor die een verklaring vormt voor de vrijheid van de feitenrechter is de beperkte toetsing door de Hoge Raad. De beperkte toetsing vormt een uitvloeisel van de hoofdregel dat de feitenrechter vrij is in de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal. De Hoge Raad zal – afhankelijk van de wijze waarop het Openbaar Ministerie en de verdediging zich hebben opgesteld – zijn oordeel moeten baseren op een door de feitenrechter uitgevoerde selectie van feiten en omstandigheden. In het geval van een bewezenverklaring is die selectie vertekend in de richting van feiten en omstandigheden die redengevend zijn voor de bewezenverklaring.<sup>849</sup> Onder omstandigheden kan een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt de Hoge Raad de gelegenheid bieden ruimer te toetsen. Deze uit art. 359 lid 2 Sv voortvloeiende motiveringsplicht brengt mee dat de feitenrechter soms ook over de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal verantwoording moet afleggen. Ontlastend bewijsmateriaal – bewijsmateriaal dat tot vrijspraak zou kunnen leiden – levert in beginsel echter geen reden voor cassatie op. Het enkele feit dat het beschikbare bewijsmateriaal ook tot een vrijspraak zou kunnen leiden, maakt de bewezenverklaring en de motivering daarvan nog niet onbegrijpelijk. De aan de feitenrechter toegekende vrijheid in de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal zorgt ervoor dat de Hoge Raad de bewijsbeslissing als het ware met de handen op de rug toetst. Uitgangspunt van de toetsing is belastend bewijsmateriaal waarbij van de betrouwbaarheid daarvan wordt uitgegaan.

De tweede factor die een verklaring vormt voor de vrijheid van de feitenrechter is gelegen in de marginale toetsing van feitelijke oordelen. De Hoge Raad toetst feitelijke oordelen op begrijpelijkheid. Bij een bewezenverklaring is het de vraag of het bewezen verklaarde uit de bewijsmiddelen *kan* worden afgeleid. In dat geval kan gezegd worden dat de feitenrechter door de bewijsmiddelen de overtuiging heeft kunnen bekomen. Bij deze toetsing kan tevens

---

<sup>847</sup> Zie m.n. paragraaf 2.5 en 2.6.

<sup>848</sup> In paragraaf 2.6.4 kwam nog een andere factor aan de orde: de macht die de feitenrechter heeft om de grondslag van zijn eigen oordeel vorm te geven.

<sup>849</sup> Art. 359 lid 3 Sv geeft als hoofdregel dat de feitenrechter bewijsmiddelen in de uitspraak dient op te nemen. Deze bewijsmiddelen dienen feiten en omstandigheden te bevatten die redengevend zijn voor de bewezenverklaring.

acht worden geslagen op nadere bewijsoverwegingen die, al dan niet op basis van art. 359 lid 2 Sv, in de uitspraak zijn opgenomen. In zijn boek over cassatie in strafzaken wijst Van Dorst erop dat de Hoge Raad de begrijpelijkheidstoets op terughoudende wijze vormgeeft. Volgens hem pleegt de Hoge Raad alleen in te grijpen als het feitelijk oordeel “(volstrekt) onbegrijpelijk” is.<sup>850</sup> In hoofdstuk 6 heb ik de jurisprudentie van de Hoge Raad in de context van (poging tot) doodslag in het verkeer onder de loep genomen. Het lijkt erop dat de Hoge Raad de begrijpelijkheidstoets in deze context inderdaad op terughoudende wijze invult. De Hoge Raad zal een zorgvuldig gemotiveerde veroordeling wegens (poging tot) doodslag in het verkeer niet snel onbegrijpelijk achten.

Het samenstel van de beperkte en de marginale toetsing zorgt ervoor dat de feitenrechter een grote vrijheid heeft tot een veroordeling te komen. De vraag of de feitenrechter de overtuiging heeft kunnen bekomen, wordt in beginsel beoordeeld aan de hand van de belastende feiten en omstandigheden die de feitenrechter aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd. Het betreft een marginale toetsing van een selectieve argumentatie.

### **8.2.3 Pleidooi voor een rechtstreekse toetsing aan het in dubio pro reo-beginsel**

De terughoudende benadering van de Hoge Raad past bij de rol die hij heeft (en zichzelf toedicht) in het Nederlandse strafrechtssysteem. De feitenrechter is soeverein ten aanzien van het domein van de feiten: de Hoge Raad is geen derde feitelijke instantie. Daarmee is echter niet gezegd dat wetenschappers (of andere personen) dezelfde terughoudendheid in acht zouden moeten nemen als het gaat om oordelen van feitenrechters. Hieronder zal ik betogen dat er goede redenen zijn om de bewijsoordelen van feitenrechters aan een indringender toetsing te onderwerpen.

In hoofdstuk 2 heb ik de stelling verdedigd dat in de feitenrechtspraak grote rechtsongelijkheid bestaat ten aanzien van zaken die betrekking hebben op zeer gevaarlijke verkeersgedragingen. Een en dezelfde zaak kan evengoed in een veroordeling als in een vrijspraak ten aanzien van (poging tot) doodslag resulteren. De feiten en omstandigheden van een groot deel van dergelijke zaken kunnen door de feitenrechter zo gepresenteerd worden dat zowel een vrijspraak als een bewezenverklaring van opzet buiten het toetsingsbereik van de Hoge Raad valt (de cassatievrije zone). Dat kan geïllustreerd worden aan de hand van het bedreigend inrijden op agenten. Een dergelijke gedraging kan leiden tot een bewezenverklaring van poging tot doodslag, poging tot zware mishandeling of bedreiging, maar kan ook leiden tot een vrijspraak van alle ten laste gelegde commune opzetdelicten.<sup>851</sup> Het spreekt voor zich dat niet alle gevallen van inrijden precies hetzelfde zijn, zodat het verschil tussen uitspraken soms verklaard kan worden door een ander feitencomplex. Ik heb

<sup>850</sup> Van Dorst 2015, ‘Cassatie in strafzaken’, p. 217.

<sup>851</sup> Zie paragraaf 6.4.4.3.

echter de indruk dat de verschillende uitspraken voor een belangrijk deel moeten worden verklaard door een verschillende duiding van de gedragingen door de feitenrechter.<sup>852</sup> De verschillende uitkomsten vallen naar mijn inschatting alle binnen de cassatievrije zone.

Vanuit een bepaald perspectief zou betoogd kunnen worden dat alle cassatiebestendige uitspraken juist zijn. Een veroordeling wegens poging tot doodslag (met een fikse onvoorwaardelijke gevangenisstraf) en een (algehele) vrijspraak ten aanzien van een en hetzelfde feitencomplex zijn vanuit dat perspectief even juist. Hoofdstuk 6 laat zich in dat verband lezen als een soort handleiding om tot een cassatiebestendige veroordeling wegens (poging tot) doodslag in het verkeer te komen. Het lijkt erop dat de Hoge Raad zich bij vrijspraken nog terughoudender opstelt dan bij bewezenverklaringen.<sup>853</sup> Een summiere motivering volstaat doorgaans om tot een cassatiebestendige vrijspraak te komen. De 'Database opzet in het verkeer' bevat talloze uitspraken die als voorbeeld voor een vrijspraak kunnen dienen.<sup>854</sup>

Vanuit het bovenstaande perspectief kan de feitenrechter in de cassatievrije zone dus kiezen uit twee juiste beslissingen: een bewezenverklaring en een vrijspraak. In paragraaf 2.8 heb ik een these verdedigd die aanleiding geeft om een minder relativistisch perspectief in te nemen. Ik heb daar betoogd dat de verschillen tussen feitenrechters wijzen op de aanwezigheid van onjuiste beslissingen. Dat betekent hetzij dat ten onrechte opzet wordt aangenomen, hetzij dat ten onrechte wordt vrijgesproken van opzet. Een 'onjuiste beslissing' is een beslissing waarbij opzet bewezen wordt verklaard, hoewel in werkelijkheid geen sprake was van opzet dan wel een beslissing waarbij vrijgesproken wordt van opzet, hoewel in werkelijkheid wel sprake was van opzet. De juistheid dan wel onjuistheid van een door de tenlastelegging gestuurde beslissing wordt uitsluitend bepaald tegen de achtergrond van twee ankerpunten: (1) de juiste interpretatie van opzet en (2) de werkelijkheid (materiele waarheid).

Het verband tussen ongelijke rechterlijke beslissingen en onjuiste rechterlijke beslissingen is het meest evident als twee rechterlijke instanties zich hebben uitgesproken over een en dezelfde zaak. Dat doet zich voor als een zaak zowel in eerste als in tweede aanleg wordt beoordeeld. Als het Hof ten aanzien van de eerste materiële vraag tot een andere beslissing komt dan de rechtbank, dan betekent dat in mijn opvatting dat een van de twee beslissingen juist is en dat een van de twee beslissingen onjuist is. Een van de feitenrechters heeft ten onrechte opzet bewezen verklaard dan wel ten onrechte vrijgesproken van opzet. De onwrikbare logica – een van de twee beslissingen moet onjuist zijn – die geldt voor gelijke zaken die door verschillende feitelijke instanties zijn beoordeeld, kan niet direct worden toegepast op andere zaken. In paragraaf 2.8 heb ik betoogd dat wat geldt voor gelijke zaken ook geldt voor zaken waarbij de rechtsongelijkheid zich moeilijker laat vaststellen. Dat bete-

---

<sup>852</sup> Zie paragraaf 6.4.4.3.

<sup>853</sup> Zie paragraaf 2.5.

<sup>854</sup> De database is online toegankelijk via <[www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research](http://www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research)>.

kent dat voor het gehele domein van zaken waarin (poging tot) doodslag in het verkeer ten laste is gelegd, geldt dat een beduidend deel van de beslissingen onjuist is.

Als het inderdaad zo is dat een beduidend deel van de beslissingen onjuist is, dan zou het goed zijn te weten welke beslissingen precies onjuist zijn. Deze informatie zou ervoor kunnen zorgen dat in de toekomst minder vaak een onjuiste uitspraak wordt gewezen. Helaas laat het zich niet ondubbelzinnig vaststellen welke beslissingen onjuist zijn. Een belangrijke reden daarvoor is dat psychische gesteldheden lastig kenbaar zijn. Het kan moeilijk sluitend worden aangetoond dat een verdachte die zich gevaarlijk in het verkeer heeft gedragen al dan niet heeft beschikt over een psychische gesteldheid die opzet in strafrechtelijke zin oplevert. Daar komt bij dat buitenstaanders doorgaans over een slechtere informatiepositie beschikken dan de feitenrechters die de zaak hebben beoordeeld. De feitenrechters hebben hun oordeel immers mede kunnen baseren op informatie die voor buitenstaanders niet of minder goed kenbaar is.<sup>855</sup>

Deze lastige kenbaarheid zou kunnen nopen tot bescheidenheid. De terughoudende benadering van de Hoge Raad past in die sleutel. Deze benadering berust op vertrouwen: de feitelijke beslissing krijgt het voordeel van de twijfel. Het is voldoende als de beslissing juist kan zijn. Als het echter de bedoeling is om (mogelijk) onjuiste bewezenverklaringen op het spoor te komen, dan is een wantrouwende attitude beter op zijn plaats. Een beslissing die vragen oproept, krijgt in die benadering het nadeel van de twijfel.

Het verdient in dat verband opmerking dat de feitenrechter zelf ook gehouden is om zeer kritisch te kijken naar de vraag of de tenlastelegging bewezen kan worden. De positieve bewijsstandaard die in art. 338 Sv is neergelegd (bewijzen bij overtuiging) wordt algemeen in verband gebracht met het negatief geformuleerde in dubio pro reo-beginsel (vrijspreken bij twijfel).<sup>856</sup> In de literatuur worden behoorlijk hoge eisen gesteld aan de in art. 338 Sv neergelegde overtuigingsstandaard. De overtuiging wordt in verband gebracht met “een grote mate van subjectieve zekerheid” (Enschedé), “een zeer hoge mate van waarschijnlijkheid” (Fokkens), “een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid” (Dreissen), “een hoge mate van zekerheid” (Borgers) en “een zeer klemmende graad van waarschijnlijkheid” (Nijboer).<sup>857</sup>

<sup>855</sup> In paragraaf 8.6.3.2 ga ik nader in op het verschil in informatiepositie tussen de feitenrechter en buitenstaanders.

<sup>856</sup> Vgl. Fokkens 1984, ‘Bewijzen in het strafprocesrecht’, p. 22-24; Dreissen 2007, ‘Bewijsmotivering in strafzaken’, p. 2; Reijntjes 2009, ‘Minkenhof’s Nederlandse strafvordering’, p. 74; Keulen & Knigge 2010, ‘Strafprocesrecht’, p. 472 en 475; Cleiren 2010, ‘De rechterlijke overtuiging: een sprong met hindernissen’, p. 260; Nijboer 2011, ‘Strafrechtelijk bewijsrecht’, p. 24-25, 75 en 164; Corstens & Borgers 2014, ‘Het Nederlands strafprocesrecht’, p. 758; Dubelaar 2014, ‘Betrouwbaar getuigenbewijs’, p. 33-34 en 91-93; en Dubelaar 2015, ‘Inleidende opmerkingen’ bij ‘Derde afdeling Bewijs’ (T&C strafvordering).

<sup>857</sup> Enschedé 1966, ‘Bewijzen in het strafrecht’, p. 514; Fokkens 1984, ‘Bewijzen in het strafprocesrecht’, p. 29; Dreissen 2007, ‘Bewijsmotivering in strafzaken’, p. 2 en 197;

In paragraaf 2.4 ben ik tot de conclusie gekomen dat art. 338 Sv minimaal een overtuigingsgraad van 95 procent vereist. Dat betekent dat de rechter tot vrij spraak moet besluiten als hij, op basis van geoorloofd belastend en ontlastend bewijsmateriaal, tot de conclusie komt dat de kans dat het ten laste gelegde niet waar is groter is dan 5 procent. Het criterium brengt mee dat de kans op schuld ten minste 19 keer (95:5) zo hoog moet worden ingeschat als de kans op onschuld. Het verdient daarbij opmerking dat de overtuigingsstandaard zowel geldt voor objectieve bestanddelen als voor subjectieve bestanddelen.<sup>858</sup>

De vraag kan opgeworpen worden of het criterium waaraan beslissingen van de feitenrechter worden getoetst niet méér gemodelleerd kan worden naar het criterium waaraan de feitenrechter zelf onderworpen is. In plaats van te vragen of de beslissing juist kan zijn (het door de Hoge Raad gehanteerde toetsingscriterium), zou ook de vraag gesteld kunnen worden of redelijke twijfel bestaat over de juistheid van de beslissing. Op deze wijze wordt de beslissing van de feitenrechter rechtstreeks aan het in dubio pro reo-beginsel getoetst. Indien de toetsing negatief uitpakt, dan spreek ik van een ‘ongegronde bewezenverklaring’.

Ik illustreer het verschil in benadering aan de hand van een door Van Dorst aangedragen voorbeeld. Van Dorst wijst erop dat uitgangspunt is dat in cassatie niet met vrucht kan worden aangevoerd dat de feitenrechter de tenlastelegging ten onrechte bewezen heeft geacht of dat de bewezenverklaring onvoldoende is gemotiveerd, omdat tegenover de twee getuigenverklaringen die tot bewijs zijn gebruikt, tien getuigen staan die onder ede hebben verklaard dat de verdachte onschuldig is.<sup>859</sup> In cassatie wordt immers niet beoordeeld of de feitenrechter de feiten juist heeft vastgesteld, doch alleen of hij bij zijn onderzoek en beslissing de daarvoor geldende regels in acht heeft genomen. Bij een rechtstreekse toetsing aan het in dubio pro reo-beginsel wordt veel eerder aan de bel getrokken. In deze benadering is het de vraag of het feit dat tien getuigen onder ede hebben verklaard dat de verdachte onschuldig is werkelijk niet noopt tot redelijke twijfel: is er reden de kans dat de verdachte onschuldig is hoger in te schatten dan 5 procent? Tenzij er hele goede redenen zijn om aan te nemen dat alle tien getuigen het bij het verkeerde eind hebben, is moeilijk voorstelbaar dat geen redelijke twijfel wordt opgeroepen.

Benadrukt moet worden dat de stelling dat een feitenrechter in strijd heeft gehandeld met het in dubio pro reo-beginsel (een ongegronde bewezenverklaring) niet gelijkstaat aan de stelling dat de bewezenverklaring onjuist is in de betekenis die ik daaraan boven heb toegekend. Een ‘onjuiste bewezenverklaring’ is een beslissing waarbij opzet bewezen wordt verklaard, hoewel in werkelijkheid geen sprake was van opzet. Het oordeel dat een bewezenver-

---

noot Borgers onder HR 30 juni 2009, NJ 2009, 496; en Nijboer 2011, ‘Strafrechtelijk bewijsrecht’, p. 73.

<sup>858</sup> In paragraaf 2.4 heb ik mij uitgesproken tegen een contextafhankelijke interpretatie van de overtuigingsstandaard. Het gaat niet aan een lagere overtuigingsgraad te eisen voor subjectieve bestanddelen dan voor objectieve bestanddelen.

<sup>859</sup> Van Dorst 2015, ‘Cassatie in strafzaken’, p. 278-279.

klaring ongegrond is, gaat veel minder ver dan het oordeel dat een bewezenverklaring onjuist is. Het oordeel dat sprake is van een ongegronde bewezenverklaring houdt simpelweg in dat de kans op een onjuiste uitspraak te groot wordt geacht. Het laat zich dan ook goed denken dat een ongegronde bewezenverklaring wél een juiste bewezenverklaring oplevert. Het in dubio pro reo-beginsel noopt immers ook tot vrijspraak in gevallen waarin de kans dat de verdachte schuldig is veel hoger wordt ingeschat dan de kans dat hij onschuldig is.<sup>860</sup>

De achterliggende gedachte van het in dubio pro reo-beginsel is dat het beter is ten onrechte vrij te spreken dan ten onrechte te veroordelen.<sup>861</sup> De verdachte krijgt daarom het voordeel van de twijfel. Het grote belang dat wordt gehecht aan het voorkomen van onjuiste veroordelingen pleit ook voor het toetsen van feitelijke beslissingen aan het in dubio pro reo-beginsel. Dat betekent in wezen dat de beslissing het nadeel van de twijfel krijgt. Betoogd zou kunnen worden dat zo'n strenge toetsing niet fair is voor de feitenrechters die aan de toetsing worden onderworpen. Uitspraken die heel goed juist zouden kunnen zijn, worden door deze benadering immers in het verdachtenbankje geplaatst. Dat moge zo zijn, maar de strenge toetsing staat in het teken van het hogere doel om onjuiste veroordelingen in de toekomst te voorkomen. Dat doel kan beter gerealiseerd worden als alle argumenten die zouden kunnen nopen tot twijfel op tafel worden gelegd.

## 8.2.4 Toetsingsgrondslag: de juiste interpretatie van opzet?

Oordelen van feitenrechters worden wel vaker door buitenstaanders getoetst aan het in dubio pro reo-beginsel.<sup>862</sup> Daarbij verdient opmerking dat de juridische vraag in de regel zeer eenvoudig van aard is. Het is de vraag of de veroordeelde de dader is. Heeft de veroordeelde óf iemand anders de dodelijke messteek toegebracht? De betekenis van het bestanddeel 'een ander van het leven beroven' is niet in het geding. De nadruk ligt op het reconstrueren van

<sup>860</sup> In paragraaf 2.4 heb ik de opvatting verdedigd dat art. 338 Sv minimaal een overtuigingsgraad van 95 procent vereist. Dat betekent dat de rechter tot vrijspraak moet besluiten als hij, op basis van geoorloofd belastend en ontlastend bewijsmateriaal, tot de conclusie komt dat de kans dat het ten laste gelegde niet waar is groter is dan 5 procent. Als er net voldoende twijfel is om tot vrijspraak te besluiten, dan geldt nog steeds dat de kans op schuld bijna 19 keer zo hoog wordt ingeschat als de kans op onschuld. Opmerking verdient overigens dat de *overtuiging* dat een beslissing onjuist is evenmin noodzakelijkerwijs betekent dat de beslissing (echt) onjuist is. De overtuiging kan immers gegrond zijn op een onjuiste duiding van de feiten of van het recht.

<sup>861</sup> Vgl. Groenhuijsen & Knigge 1999, 'Theoretisch kader', p. 19; Van Sliedregt 2009, 'Tien tegen één: een hedendaagse bezinning op de onschuldpresumptie', p. 21-22; Keulen & Knigge 2010, 'Strafprocesrecht', p. 2; en Corstens & Borgers 2014, 'Het Nederlands strafprocesrecht', p. 8.

<sup>862</sup> Zie bijv. Van Koppen e.a. 2003, 'De Schiedammer parkmoord: een rechtspsychologische reconstructie'; Van Koppen, Van der Kemp & Beijers 2009, 'De Warnsveldse pompmoord'; en Derksen 2011, 'Leugens over Louwes'.

de feiten en de vraag welke betekenis moet worden toegekend aan de feiten (of aan de daarover bestaande onduidelijkheid).

De zaken die ik in dit hoofdstuk aan een toetsing onderwerp, verschillen in dat opzicht. Het is namelijk geen uitgemaakte zaak hoe het begrip opzet geïnterpreteerd dient te worden. Dat brengt mee dat het niet alleen gaat om de feiten en de betekenis die daaraan moet worden toegekend, maar ook om de uitleg van het recht. Is opzet een psychisch of een normatief begrip? Heeft opzet een objectief kansvereiste? Waar ligt de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans'? Het antwoord op deze en andere vragen is van groot belang voor de toetsing van de feitenrechtspraak. Toetsing vereist dat op zijn minst enige duidelijkheid bestaat over de toetsingsgrondslag.

In paragraaf 2.8 heb ik de opvatting verdedigd dat er slechts één juiste interpretatie van opzet is. Deze opvatting sluit aan bij de visie van de Amerikaanse rechtsfilosoof Dworkin, die heeft verdedigd dat voor (bijna) alle moeilijke rechtsvragen één juist antwoord bestaat.<sup>863</sup> In Nederland is deze opvatting verdedigd door Rozemond.<sup>864</sup> Het verdient opmerking dat de these dat er slechts één juiste interpretatie van opzet is niet berust op de veronderstelling dat duidelijk is wat de juiste interpretatie is. In hoofdstuk 3, 4, 5 en 7 is duidelijk geworden dat verre van duidelijk is hoe opzet moet worden geïnterpreteerd. De woorden waarmee de Hoge Raad voorwaardelijk opzet omlijnt, zijn ambigu dan wel innerlijk tegenstrijdig en in de wetenschap worden verschillende theorieën verdedigd over hoe opzet moet worden geïnterpreteerd. Gesteld zou kunnen worden dat de juiste interpretatie van opzet tot op zekere hoogte onkenbaar is. Dat ontslaat rechters en wetenschappers echter niet van de verplichting op zoek te gaan naar de juiste interpretatie van het recht. Integendeel, de onduidelijkheid zou een prikkel moeten opleveren de zoektocht naar de juiste interpretatie van opzet te intensiveren.

In de praktijk onttrekt het zich tot op grote hoogte aan de waarneming van welk opzetbegrip de feitenrechter uitgaat bij een bewezenverklaring van opzet. De feitenrechter bedient zich van geaccepteerde standaarduitdrukkingen om het opzet te omlijnen. Overwogen wordt bijvoorbeeld dat uit de genoemde bewijsmiddelen volgt dat de verdachte ten minste willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat hij door zijn rijgedrag de dood van het slachtoffer zou veroorzaken. Ten aanzien van de Hoge Raad geldt hetzelfde. Bij de toetsing van het oordeel van de feitenrechter staat het specificeren van de toetsingsgrondslag – de interpretatie van opzet – niet centraal. Zolang de feitenrechter geen onjuiste terminologie gebruikt om opzet te omlijnen en zolang de uitkomst de begrijpelijkheidstoets met betrekking tot feitelijke kwesties kan doorstaan, valt het oordeel binnen de cassatievrije zone. Dat betekent dat de ruimte die de Hoge Raad biedt voor feitelijke oordelen in de praktijk ook plaats kan bieden aan niet-geëxpliciteerde rechtsoordelen. In dat geval worden rechtsoordelen impliciet marginaal getoetst.

---

<sup>863</sup> Dworkin 1985, 'A matter of principle', p. 119-145 en Dworkin 1998, 'Law's empire', p. 225-275.

<sup>864</sup> Rozemond 1998, 'Strafvorderlijke rechtsvinding', p. 64-75.

Paragraaf 8.3, 8.4 en 8.5 staan in het teken van de toetsing van de feitenrechtspraak. In de vorige paragraaf ben ik ingegaan op het *toetsingscriterium* (het in dubio pro reo-beginsel). Het is nu de vraag wat de *toetsingsgrondslag* is. Laat ik beginnen met een antwoord te formuleren op de vraag wat de toetsingsgrondslag zou moeten zijn. De gewenste toetsingsgrondslag is de enige juiste interpretatie van opzet. Het gaat daarbij in het bijzonder om die aspecten van het complexe begrip die in deze context het verschil kunnen maken. Helaas is dit ideaalbeeld lastig bereikbaar, omdat grote onduidelijkheid bestaat over de interpretatie van opzet. In dit hoofdstuk neem ik in plaats daarvan mijn eigen feilbare poging om een juiste interpretatie van opzet te geven als toetsingsgrondslag.

Het is onontkoombaar dat verschil bestaat tussen de juiste interpretatie van opzet en de door mij juist geachte interpretatie van opzet. Ik hoop uiteraard dat ik het onbereikbare ideaalbeeld van de juiste interpretatie zo dicht mogelijk benaderd heb. Een interpretatie die niet helemaal juist is, maar die daarbij wel in de buurt komt, zal in de praktijk niet snel een verkeerde beslissing tot gevolg hebben.<sup>865</sup> Het specificeren van de door mij juist geachte interpretatie van opzet heeft in elk geval als voordeel dat de door mij uitgevoerde toetsing zelf ook weer getoetst kan worden. Dat geeft anderen de gelegenheid de grondslag van de toetsing ter discussie te stellen door andere, wellicht beter verdedigbare interpretaties van opzet voor het voetlicht te brengen.<sup>866</sup>

Hoofdstuk 3, 4, 5 en 7 stonden voor een belangrijk deel in het teken van de interpretatie van het opzetbegrip. Het voert te ver om alle punten die daar naar voren zijn gekomen hier voor het voetlicht te brengen. Ik wijs hier slechts op vier belangrijke conclusies. Ik zal daarbij aangeven in hoeverre de interpretaties van invloed zijn op de in de volgende paragrafen te ondernemen toetsing.

#### 1. Opzet is een psychisch begrip.<sup>867</sup>

Als opzet een psychisch begrip is, dan moet de feitenrechter bij het bewijs van opzet een uitspraak doen over de psychische gesteldheid van de verdachte. Deze karakterisering van opzet behelst een verwerping van de normatieve opzettheorie. In die visie kan ook tot een bewezenverklaring van opzet worden gekomen indien de verdachte naar het oordeel van de rechter niet heeft beschikt over een bepaalde psychische gesteldheid. In deze benadering wordt

---

<sup>865</sup> Het verdient opmerking dat de juistheid van een beslissing niet alleen afhangt van de juiste interpretatie van het recht, maar ook van een juiste duiding van de feiten. Mijn punt is dat een bijna juiste interpretatie niet snel de *oorzaak* zal zijn van een onjuiste beslissing.

<sup>866</sup> In paragraaf 8.6.3.5 bespreek ik de hypothese dat bepaalde feitenrechters het opzet anders interpreteren dan ik.

<sup>867</sup> Zie paragraaf 3.4.4 en 3.5. Zie ook Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 233-346.



het opzetbegrip herleid tot de gedraging dan wel de verwijtbaarheid.<sup>868</sup> Het psychische karakter van opzet speelt in het bijzonder een rol in paragraaf 8.5, waar het bewijs van opzet geanalyseerd wordt in het raamwerk van de kans-integratietheorie. Met behulp van deze theorie wordt getracht een uitspraak te doen over de vraag of de verdachte al dan niet heeft beschikt over de voor opzet vereiste psychische gesteldheid.

## 2. Opzet is cognitief van aard.<sup>869</sup>

De cognitieve opzettheorie biedt naar mijn mening een betere verklaring voor het door de Hoge Raad gehanteerde opzetbegrip dan de volitieve opzettheorie. Ik heb deze these in hoofdstuk 4 en 5 verdedigd aan de hand van de Porschezaak. Deze duiding bouwt voort op de in mijn proefschrift ondernomen analyse van opzet. Ik wil op deze plaats benadrukken dat het hier gaat om een *interpretatie* van opzet.<sup>870</sup> Mijn visie is niet dat 'willen' geen plaats zou moeten hebben in het opzetbegrip, maar dat 'willen' geen noodzakelijke rol vervult binnen het opzetbegrip. Het verdient opmerking dat het voornaamste verschil tussen mijn visie en visies die het belang van de volitieve component benadrukken semantisch van aard is.<sup>871</sup> Ik spreek in dat verband van cryptocognitivismen. Waar ik een lage overtuigingsgraad of de afwezigheid van een overtuigingsgraad classificeer als 'niet weten', zouden auteurs die een volitieve visie zeggen te bepleiten in die gevallen wellicht spreken van 'niet willen'. Hoewel ik het minder gelukkig acht om cognitieve taxaties onder de volitieve component te brengen, maakt dit praktisch gezien weinig uit. Het gevolg is hoe dan ook dat opzet niet kan worden bewezen. De uitkomsten van de zo dadelijk te ondernemen toetsing zijn daarom grotendeels onafhankelijk van de positie die in dit debat wordt ingenomen.

## 3. Het door de Hoge Raad gehanteerde opzetbegrip kent een objectief kansvereiste.<sup>872</sup>

In de ogen van de Hoge Raad veronderstelt voorwaardelijk opzet dat sprake is van een aanmerkelijke kans in objectieve zin.<sup>873</sup> Hoewel ik meen dat het opzetbegrip niet belast zou moeten worden met een objectief kansvereiste,<sup>874</sup> zal

---

<sup>868</sup> In paragraaf 8.6.3.5.c bespreek ik de hypothese dat bepaalde feitenrechters een normatief opzetbegrip hanteren.

<sup>869</sup> Zie hoofdstuk 4 en 5. Zie ook Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 371-430.

<sup>870</sup> Bij sommige auteurs is kennelijk de indruk ontstaan dat het mij niet te doen was om een interpretatie van opzet. Knigge & Wolswijk 2015, 'Het materiële strafrecht', p. 105 stellen in dat verband het volgende: "Van Dijk verdedigt een opzetbegrip dat geheel rond het weten 'scharniert' en waarin voor het willen geen plaats is. (...) Geldend recht is dit echter niet."

<sup>871</sup> Zie m.n. paragraaf 5.5.

<sup>872</sup> Zie hoofdstuk 7.

<sup>873</sup> Zie m.n. paragraaf 7.3.2.

<sup>874</sup> Zie paragraaf 7.3.3.

ik de opvatting van de Hoge Raad hier als uitgangspunt van de toetsing nemen. In paragraaf 8.3 en 8.4 zal ik betogen dat in veel gevallen geen sprake is van een aanmerkelijke kans in objectieve zin. Het verdient opmerking dat de door mij en anderen wenselijk geachte interpretatie, waarbij alleen sprake hoeft te zijn van een aanmerkelijke kans in subjectieve zin, grosso modo tot dezelfde uitkomsten leidt. Als evident geen sprake is van een aanmerkelijke kans in objectieve zin, dan zal in de regel namelijk ook geen sprake zijn van een aanmerkelijke kans in subjectieve zin (bewustheid).<sup>875</sup> De uitkomsten zijn dan via een omweg van belang.

#### 4. De ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ ligt op 50 procent.<sup>876</sup>

Het tweede interpretatiethema met betrekking tot het begrip ‘aanmerkelijke kans’ gaat over de vereiste grootte van de kans. De Hoge Raad meent dat de inhoud van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ niet zou moeten afhangen van de aard van het gevolg. Dat betekent dat de minimaal vereiste kansgrootte niet varieert van delict tot delict. Over de vraag waar de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ zou moeten worden getrokken, bestaat echter geen duidelijkheid. In paragraaf 7.4 heb ik een poging gewaagd de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ te expliciteren. Ik heb, mede naar aanleiding van empirisch onderzoek onder praktijkjuristen, betoogd dat de ondergrens op 50 procent gesteld zou moeten worden. Hoewel deze opvatting niet geworteld is in rechtspraak en doctrinaire opvattingen, gaat het hier wel degelijk om interpretatie. De ondergrens van 50 procent ligt ten grondslag aan de toetsing ten aanzien van de objectieve kans in paragraaf 8.3 en 8.4. De ondergrens is eveneens van belang voor de in paragraaf 8.5 ondernomen toetsing van de subjectieve kans (bewustheid). Het verdient opmerking dat de uitkomsten van de toetsing grotendeels onafhankelijk zijn van de grootte van de ondergrens. Een substantieel lagere ondergrens dan 50 procent zou nog steeds tot de conclusie nopen dat de grens vaak niet gehaald wordt.

## 8.3 Inrijden op politieagenten

### 8.3.1 Inleiding

In paragraaf 6.4.4 ben ik uitgebreid ingegaan op de rechtspraak ten aanzien van het inrijden op politieagenten. De in 1951 door de Hoge Raad beoordeelde zaak 3a (Inrijden op agent) vormt een schoolvoorbeeld van deze gedraging.<sup>877</sup> In deze zaak was de verdachte ingereeden op een agent die hem een stopteken had gegeven. De agent kon een ongeval voorkomen door ijlings opzij te springen. De Hoge Raad liet de veroordeling wegens poging tot doodslag in stand.

<sup>875</sup> Zie paragraaf 7.3.3.2 en 7.3.3.4.

<sup>876</sup> Zie hoofdstuk 7.

<sup>877</sup> HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475. De zaak is beschreven in paragraaf 6.4.2.

Deze lijn kan doorgetrokken worden naar het heden. Veroordelingen wegens poging tot doodslag voor het inrijden op een agent plegen door de Hoge Raad in stand te worden gelaten.<sup>878</sup> Het feit dat de Hoge Raad art. 81 dan wel art. 80a RO toepast, suggereert dat klachten over het niet bewezen kunnen achten van opzet op de dood de duidelijke strekking van vaste rechtspraak miskennen. De gedraging van het inrijden op een agent kan gekarakteriseerd worden als een doelbewuste geweldshandeling. In paragraaf 6.4 is uiteengezet dat de Hoge Raad in die gevallen niet zulke hoge motiveringseisen aan de feitenrechter stelt. De gedraging van het inrijden op een agent valt ook in de in paragraaf 6.3 besproken categorie (ongelijk risico). Aangezien de gedraging veel minder gevaarlijk is voor de inrijder dan voor de agent, levert de zelfbehoudsthese die ten grondslag ligt aan het Porsche-arrest een minder sterke contra-indicatie op in verband met het bewijs van opzet.<sup>879</sup> Bewustheid van de aanmerkelijke kans op de dood van de agent gaat immers niet logischerwijs gepaard met bewustheid van een beduidende kans op de eigen dood.

In de volgende paragrafen sta ik vanuit verschillende perspectieven stil bij het inrijden op agenten. In paragraaf 8.3.2 werp ik een blik op het slagveld. Bekeken wordt hoe de agenten die het slachtoffer zijn geworden van deze gedraging het ervan hebben afgebracht. In paragraaf 8.3.3 besteed ik aandacht aan twee belangrijke factoren die van belang zijn bij het bepalen van de kansgrootte ten aanzien van het inrijden. Ik ga in op empirische informatie met betrekking tot de kans op de dood bij een aanrijding met een voetganger. Daarnaast exploreer ik de kans op het plaatsvinden van een aanrijding aan de hand van psychologische assumpties. In paragraaf 8.3.4 analyseer ik de kans op de dood bij het inrijden op een agent aan de hand van een referentiezaak. Vervolgens bespreek ik een aantal uitzonderlijke risicoverhogende omstandigheden die zouden kunnen nopen tot het aannemen van een aanmerkelijke kans. In paragraaf 8.3.5 betoog ik vanuit verschillende perspectieven dat veroordelingen wegens poging tot doodslag voor het inrijden op een agent doorgaans op gespannen voet staan met het in dubio pro reo-beginsel. In paragraaf 8.3.6 maak ik de overstap van de objectieve naar de subjectieve kans. Ik zal betogen dat er evenveel reden is te twijfelen aan de aanwezigheid van een subjectieve kans (bewustheid van een aanmerkelijke kans). Ten slotte sta ik in paragraaf 8.3.7 stil bij een mogelijke oorzaak van de kansoverschatting die plaatsvindt in de feitenrechtspraak. Het gaat daarbij om het hanteren van een hypothetische kans: de kans die zich voor zou doen indien het slachtoffer was aangereden.

---

<sup>878</sup> Zie HR 26 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2794 (art. 101a RO oud); HR 21 oktober 2003, 02614/02 (art. 81 RO; aangehaald in conclusie Advocaat-Generaal Vellinga bij HR 28 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4455); HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1586 (art. 81 RO); HR 21 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1265 (art. 81 RO); HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2781 (art. 80a RO); en HR 20 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2893 (art. 80a RO).

<sup>879</sup> De zelfbehoudsthese is besproken in paragraaf 4.2.

### 8.3.2 Een blik op het slagveld

Het interessante aan het inrijden op agenten is dat de gedraging met enige regelmaat in de rechtspraak naar voren komt. Dat biedt de gelegenheid om de gedraging op een hoger abstractieniveau te analyseren. In de 'Database opzet in het verkeer' zijn behoorlijk wat gevallen opgenomen waarin de verdachte is ingereden op een agent.<sup>880</sup> Deze gevallen kunnen in meerdere of mindere mate van elkaar verschillen. De snelheid van het inrijdende voertuig, de hoeveelheid tijd die de agent gegund wordt zich uit de voeten te maken, de ruimte die de agent heeft om uit te wijken, de mobiliteit van de agent en het al dan niet initiëren van een ontwijkingsmanoeuvre door de inrijder zijn belangrijke kenmerken die van elkaar kunnen verschillen.<sup>881</sup> Er is echter één kenmerk dat alle zaken gemeen hebben: de meer dan 60 agenten die in de tenlastelegging als slachtoffer werden aangeduid, hebben het incident stuk voor stuk overleefd!

Het is de vraag welke waarde moet worden toegekend aan deze bevinding. Het is in elk geval onjuist hieruit te concluderen dat de kans op de dood in de gegeven condities 0 procent is.<sup>882</sup> Dat laat zich illustreren aan de hand van het in paragraaf 7.5.3 beschreven simulatieonderzoek in verband met de Groninger schietzaak. Uiteindelijk trof de kogel in 48 van de 1000 simulaties doel (4,8 procent). De eerste 50 simulaties troffen echter geen van alle doel, terwijl de 51<sup>e</sup> en 52<sup>e</sup> simulatie beide doel troffen. Een en ander illustreert dat kleine steekproeven geen betrouwbare schatting van de kans opleveren.

Hetzelfde geldt voor de selectie van meer dan 60 in de tenlasteleggingen genoemde agenten die het incident hebben overleefd. Als de gedraging in de gegeven condities zich maar vaak genoeg voordoet, dan zullen zonder twijfel agenten dodelijk worden getroffen. Dat neemt niet weg dat op basis van deze selectie reeds de verwachting kan worden uitgesproken dat de kans op de dood niet bijzonder groot is.<sup>883</sup> Op basis van een eenvoudige statistische vuistregel kan bijvoorbeeld worden vastgesteld dat het 95 procent zeker is dat de kans op de dood niet boven de 5 procent uitkomt.<sup>884</sup> Simpel gezegd: het staat

<sup>880</sup> De database is online toegankelijk via <[www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research](http://www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research)>.

<sup>881</sup> Ik heb in deze analyse geen acht geslagen op gevallen waarin de agent zich in of op een voertuig bevond en gevallen waarin achteruit werd ingereden op de agent.

<sup>882</sup> Vgl. Hanley & Lippman-Hand 1983, 'If nothing goes wrong, is everything all right? Interpreting zero numerators'.

<sup>883</sup> Ik relateer de kans op de dood hier aan de verhouding tussen het aantal dodelijke slachtoffers en het aantal agenten waarop wordt ingereden die zich manifesteert indien een oneindige hoeveelheid gedragingen (die geen invloed op elkaar hebben) in de gegeven condities zouden plaatsvinden.

<sup>884</sup> Het gaat hier om de zogenaamde 'rule of three'. De regel geeft een 95 procent betrouwbaarheidsinterval voor de kans voor het geval dat  $n$  gevallen 0 keer tot een bepaalde uitkomst hebben geleid. Het betrouwbaarheidsinterval kan dan geschat worden door de formule  $3/n$ . Bij 60 overlevende slachtoffers is die kans dus 0,05 (5 procent). Vgl. Hanley & Lippman-Hand 1983, 'If nothing goes wrong, is everything all right? Interpreting zero numerators'.

buiten redelijke twijfel dat dit soort gedragingen geen aanmerkelijke kans op de dood met zich meebrengen.

### 8.3.3 Het bepalen van de kans op basis van empirisch onderzoek en psychologische assumpties

In deze paragraaf besteed ik aandacht aan twee algemene factoren die van belang zijn bij het bepalen van de kans dat het inrijden op een agent een dodelijke afloop zal hebben. Deze factoren zullen ten grondslag worden gelegd aan de in de volgende paragraaf te ondernemen analyse van een referentiezaak. Ik ga eerst in op empirische informatie met betrekking tot de kans op de dood bij een aanrijding met een voetganger. Vervolgens analyseer ik de kans op het plaatsvinden van een aanrijding aan de hand van psychologische assumpties.

De vraag hoe groot de kans op de dood van het slachtoffer in een individueel geval is, kan het best uiteengesplitst worden in twee vragen. De eerste vraag heeft betrekking op de kans dat de agent betrokken raakt bij een ongeval dat letsel veroorzaakt. De tweede vraag heeft betrekking op de kans dat de agent komt te overlijden als gevolg van een dergelijk ongeval.

Ik begin met de tweede vraag: hoe groot is de kans dat de agent als gevolg van een letselongeval komt te overlijden? De vraag is toegespitst op ongevallen die in letsel hebben geresulteerd, omdat het relevante empirische onderzoek tot die categorie beperkt is. Uit empirisch onderzoek komt naar voren dat de botssnelheid van het voertuig een zeer belangrijke voorspellende factor is.<sup>885</sup> De kans op de dood neemt snel toe naarmate de snelheid hoger is. Tabel 8.1, die is gebaseerd op een op Duitse gegevens betrekking hebbend onderzoek, bevat een benadering van de kans op de dood bij vier verschillende snelheden.

**Tabel 8.1** Relatie tussen botssnelheid en kans op de dood<sup>886</sup>

Snelheid (km/u)	Kans op dood (%)
25	1
50	8
75	50
100	90

<sup>885</sup> Vgl. Cuerden, Richards & Hill 2007, 'Pedestrians and their survivability at different impact speeds'; Rosén & Sander 2009, 'Pedestrian fatality risk as a function of car impact speed'; en Rosén, Stigson & Sander 2011, 'Literature review of pedestrian fatality risk as a function of car impact speed'.

<sup>886</sup> Ontleend aan: Rosén & Sander 2009, 'Pedestrian fatality risk as a function of car impact speed', p. 538 (figuur 1).

Het onderzoek laat zien dat een letselongeval dat plaatsvindt met een zeer hoge snelheid nauwelijks te overleven valt voor het slachtoffer. Het onderzoek laat echter ook zien dat letselongevallen die plaatsvinden bij 50 kilometer per uur minder dan 1 op de 10 keer een dodelijke afloop kennen. Het feit dat de kans op de dood snel afneemt naarmate de snelheid lager is, is ook van belang in verband met laat uitgevoerde remmanoeuvres.<sup>887</sup> Ook als een remmanoeuvre niet tot gevolg heeft dat een aanrijding voorkomen wordt, heeft het remmen wel degelijk belangrijke consequenties voor de aard van het gevolg. De kans dat de verwondingen die het gevolg zijn van de aanrijding het slachtoffer fataal worden, vermindert aanzienlijk.

De bovenstaande gegevens hebben betrekking op het geval dat een letselongeval heeft plaatsgevonden. Om de kans te bepalen dat de agent de dood vindt als gevolg van het inrijden, moet de kans op de dood gegeven een letselongeval gecombineerd worden met de kans dat het inrijden in een letselongeval resulteert. Deze laatste kans kan – bij gebreke aan adequate empirische gegevens – het best benaderd worden door de hoofdrolspelers in kwestie (de inrijder en de agent) aan een globale psychologische analyse te onderwerpen. Er zijn twee redenen waarom het inrijden op een agent in de regel niet tot een letselongeval leidt. De eerste reden houdt verband met het gedrag van de inrijder. De tweede reden hangt samen met het gedrag van het slachtoffer.

Het inrijden op een agent vindt doorgaans zijn oorzaak in de omstandigheid dat de actor om hem moverende redenen niet in aanraking wenst te komen met de politie. Zijn doel is om niet aangehouden te worden door de politie. Daarnaast geldt dat het niet zijn doel is om de agent van het leven te beroven.<sup>888</sup> Ten slotte geldt dat de inrijder doorgaans niet gebaat zal zijn bij een aanrijding. Een aanrijding vergroot de kans aangehouden te worden, levert gevaar op voor de actor zelf, eventuele bijrijders en zijn voertuig, en kan aanleiding geven tot strafrechtelijke of civielrechtelijke aansprakelijkheid.<sup>889</sup> Een en ander brengt mee dat het te verwachten valt dat de bestuurder een ontwijkingsmanoeuvre (remmen of opzij sturen) zal ondernemen indien de agent zich niet tijdig uit de voeten maakt.<sup>890</sup> Het hoeft geen betoog dat het inzetten van een ontwijkingsmanoeuvre de kans verkleint dat een letselongeval zal plaatsvinden.

De tweede reden waarom in de regel geen letselongeval zal plaatsvinden, is gerelateerd aan het slachtoffer. Het laat zich aanzien dat het zelfbehoudinstinct op enig moment tot een ontwijkingsgedrag (opzijspringen) van de agent zal leiden.<sup>891</sup> Des te eerder deze gedraging wordt geïnitieerd, des te

---

<sup>887</sup> In paragraaf 6.4.4.5 heb ik aandacht besteed aan de juridische duiding die gegeven kan worden aan uitwijkmanoeuvres van de verdachte.

<sup>888</sup> Het toepassen van voorwaardelijk opzet berust ook op deze veronderstelling (dan wel op de veronderstelling dat doelopzet op de dood niet buiten redelijke twijfel staat).

<sup>889</sup> Zie paragraaf 8.5.4.2 over de onwenselijke gevolgen van een aanrijding.

<sup>890</sup> Zie paragraaf 6.4.4.5 over uitwijkmanoeuvres.

<sup>891</sup> Zie over het zelfbehoudinstinct: Karni & Schmeidler 1986, 'Self-preservation as a foundation of rational behavior under risk' en Muraven & Baumeister 1997, 'Suicide,

groter is de kans dat de gedraging succesvol zal zijn. Verwacht mag worden dat een agent over zodanige fysieke en psychische capaciteiten beschikt dat een letselongeval in de regel voorkomen zal kunnen worden.

Ik houd het ervoor dat de twee zojuist geschetste scenario's ervoor zorgen dat het inrijden op een agent slechts bij hoge uitzondering tot een letselongeval zal leiden. Het valt te verwachten dat de inrijder of het slachtoffer erin zal slagen een succesvolle ontwijkingsmanoeuvre uit te voeren. Dat neemt niet weg dat zich ook een aantal scenario's laten denken die wel in een letselongeval resulteren. Ik bespreek drie van zulke scenario's.

Het eerste scenario vindt ironisch genoeg juist zijn oorzaak in het initiëren van een ontwijkingsgedraging. Als zowel de inrijder als de agent de ontwijkingsgedraging relatief laat inzet, dan is het niet meer zo goed mogelijk de gedragingen op elkaar af te stemmen. Het laat zich dan denken dat de inrijder en de agent zich naar dezelfde kant begeven. In dat geval is er een zeer reële kans op een letselongeval.

Het tweede scenario waarin een letselongeval kan plaatsvinden, houdt in dat de agent weliswaar uit de baan van het aanstormende voertuig springt, maar dat hij daarbij juist in de baan van het verkeer op de andere weghelft terechtkomt. In dat geval kan hij aangereden worden door een ander voertuig. De kans op de dood bij een aanrijding wordt dan in belangrijke mate bepaald door de snelheid van dat voertuig.

Het derde scenario waarin een letselongeval kan plaatsvinden, doet zich voor als zowel de inrijder als de agent nalaat (tijdig) een ontwijkingsgedraging te initiëren. Tegen de achtergrond van de eerder uiteengezette assumptie dat zowel de inrijder als de agent geen aanrijding wenst, is een verklaring op zijn plaats. Voor de inrijder kan gelden dat hij te laat tot het inzicht komt dat zijn inschatting dat de agent zich tijdig uit de voeten zal maken onjuist is. Dat heeft tot gevolg dat hij de agent niet meer kan ontwijken. Ook voor de agent kan gelden dat hij er te lang op vertrouwt dat de ander het niet op een aanrijding zal laten aankomen. Daarnaast kan het zich voordoen dat de agent verstijft, wellicht omdat hij niet weet welke kant hij op moet springen.<sup>892</sup>

### **8.3.4 Analyse van een referentiezaak en omlijning van risicoverhogende omstandigheden**

In de vorige paragraaf is in algemene zin iets gezegd over de kans op een letselongeval en de kans op de dood gegeven een letselongeval. Het is nu de vraag hoe deze globale kansanalyses kunnen worden toegepast op individueel niveau. Het spreekt immers vanzelf dat elke strafzaak op zijn eigen merites dient te worden beoordeeld.

---

sex, terror, paralysis, and other pitfalls of reductionist self-preservation theory'. Zie paragraaf 4.2 over de zelfbehoudsthese in verband met het Porsche-arrest.

<sup>892</sup> Zie in dat verband de verklaring van getuige 1 in rechtbank Roermond 25 februari 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BP6459.

Het laat zich aanzien dat de snelheid waarmee wordt ingereeden een cruciale factor is bij het duiden van de kans in een individuele zaak. In paragraaf 7.5.2 heb ik betoogd dat bij het bepalen van de objectieve kans aansluiting gezocht moet worden bij het perspectief van de actor. Aangezien aangenomen mag worden dat de actor de snelheid van het voertuig controleert, dient deze factor geïncorporeerd te worden in de gedraging waarop het kansoordeel betrekking heeft. Het is aldus de vraag hoe groot de kans op de dood is bij het inrijden met een bepaalde snelheid. In deze paragraaf zal ik een hypothetische referentiezaak bespreken, waarbij uitgegaan wordt van een snelheid van 50 kilometer per uur. Vervolgens bespreek ik een aantal risicoverhogende omstandigheden die zouden kunnen nopen tot het aannemen van een aanmerkelijke kans.

De snelheid waarmee ingereeden wordt, is in de eerste plaats van belang in verband met de kans dat het inrijden leidt tot een letselongeval.<sup>893</sup> Des te kleiner de snelheid is, des te groter is de kans dat de agent of de inrijder erin zal slagen een letselongeval te voorkomen. Als een voertuig de agent met 50 kilometer per uur nadert zonder snelheid te minderen, dan heeft de agent nog 1,5 seconde om uit de weg te gaan op het moment dat de auto circa 21 meter van hem verwijderd is. Dat geeft hem ruim de tijd opzij te springen. Ook voor de inrijder geldt dat een snelheid van 50 kilometer per uur hem goed in staat stelt een aanrijding te voorkomen. Daarbij is ook van belang dat hij kan anticiperen op het eventueel inzetten van een ontwijkingsmanoeuvre. Dat zorgt ervoor dat de inrijder in staat is om sneller te remmen of opzij te sturen dan het geval zou zijn bij een onverwachte gebeurtenis.<sup>894</sup>

Al met al lijkt een snelheid van 50 kilometer per uur zowel de inrijder als de agent voldoende tijd te geven voor een ontwijkingsgedraging. Tegen de achtergrond van de eerder gespecificeerde psychologische assumptie dat zowel de inrijder als de agent geen belang heeft bij een aanrijding, lijkt de kans op een letselongeval bij die snelheid gering te zijn. Ik zou menen dat die kans niet groter is dan 5 procent. Dat is naar mijn inschatting ook het geval indien uitsluitend acht zou worden geslagen op de agent, zodat de impliciete assumptie is dat de inrijder hoe dan ook met onverminderde snelheid door zou rijden.

Indien de kleine kans op een letselongeval zich toch realiseert, dient acht geslagen te worden op de botssnelheid. In het voor het slachtoffer ongunstigste geval dat de inrijder in het geheel niet afremt, vindt de botsing plaats met 50 kilometer per uur. Uit de in de vorige paragraaf weergegeven tabel 8.1 valt af te lezen dat die snelheid in het Duitse onderzoek gepaard ging met een kans

<sup>893</sup> Vgl. Cuerden, Richards & Hill 2007, 'Pedestrians and their survivability at different impact speeds'.

<sup>894</sup> Green 2000, "'How long does it take to stop?' Methodological analysis of driver perception-brake times', p. 205-207 stelt op basis van empirisch onderzoek dat 'verwachting' een positieve invloed heeft op de benodigde remtijd. Indien men verwacht dat geremd moet worden, dan is een reactietijd van circa 0,75 seconden mogelijk. Green 2000, p. 213 stelt dat opzij sturen gepaard gaat met een reactietijd die circa 0,3 seconden sneller is. De extra tijd voor het remmen wordt veroorzaakt door het feit dat de voet van het gaspedaal naar het rempedaal bewogen moet worden.



op de dood van 8 procent. Als deze kansgrootte gecombineerd wordt met de (maximale) kans van 5 procent op een letselongeval, dan resulteert een kans van 0,4 procent (1 op 250).

Het moge duidelijk zijn dat gevallen waarin ingereeden wordt met een snelheid van ongeveer 50 kilometer per uur niet snel een aanmerkelijke kans op de dood zullen opleveren. Als uitgegaan wordt van de op het empirische onderzoek onder praktijkjuristen gebaseerde ondergrens van 50 procent, dan is evident dat die drempel bij lange na niet gehaald wordt.<sup>895</sup> Maar ook als wordt uitgegaan van de in mijn proefschrift gesuggereerde ondergrens van 10 procent, zal niet snel bewezen kunnen worden dat sprake was van een aanmerkelijke kans. Deze ondergrens wordt nog niet eens gehaald als de omstandigheid dat de agent wordt aangereden als uitgangspunt van het kansoordeel zou worden genomen. De kans op de dood gegeven het plaatsvinden van een letselongeval bleek immers slechts 8 procent te zijn.

De kans van 0,4 procent (1 op 250) in verband met het inrijden en eventueel botsen met 50 kilometer per uur is vergelijkbaar met de besmettingskans van 1 op 200 tot 300 die centraal stond in Hiv-arrest IV.<sup>896</sup> In Hiv-arrest III had de Hoge Raad overwogen dat er in hiv-gevallen alleen sprake kan zijn van een aanmerkelijke kans indien zich bijzondere, risicoverhogende omstandigheden voordoen.<sup>897</sup> In Hiv-arrest IV liet de Hoge Raad blijken dat het hebben van veelvuldig seksueel contact niet aan dat criterium voldeed. De Hoge Raad sprak zelf vrij.

Uit het arrest blijkt niet hoe vaak seksueel contact heeft plaatsgevonden. Het verdient echter opmerking dat cumulatieve kansgroottes van iets hoger dan respectievelijk 10 procent, 25 procent, 50 procent of 70 procent kunnen worden bereikt indien een kans van 0,5 procent (1 op 200) respectievelijk 22 keer, 58 keer, 139 keer of 241 keer wordt genomen.<sup>898</sup> Het veelvuldig hebben van seksueel contact is met andere woorden een behoorlijk effectieve methode om de cumulatieve kans te verhogen. Tegen deze achtergrond kan worden geconcludeerd dat de Hoge Raad de lat voor bijzondere, risicoverhogende omstandigheden – in elk geval in deze context – behoorlijk hoog legt.

Het heeft er alle schijn van dat het inrijden op een agent – net als het hebben van onbeschermd seksueel contact – alleen onder bijzondere, risicoverhogende omstandigheden een aanmerkelijke kans oplevert. De vraag is welke bijzondere, risicoverhogende omstandigheden de kans van de hypothetische referentiezaak zodanig verhogen dat gesproken kan worden van een aanmerkelijke kans. De meest voor de hand liggende kandidaat is het aanhouden van een buitengewoon hoge snelheid. In de eerste plaats geldt dat de kans op een

---

<sup>895</sup> Zie paragraaf 7.4.

<sup>896</sup> HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9659. Zie paragraaf 3.5 en 7.4.

<sup>897</sup> HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1860.

<sup>898</sup> Aan deze berekening ligt de veronderstelling ten grondslag dat de individuele kansen onafhankelijk van elkaar zijn. Deze assumptie pleegt ook te worden gemaakt in aan hiv-besmetting gewijd onderzoek. Vgl. Lasry e.a. 2014, 'HIV sexual transmission risk among serodiscordant couples: assessing the effects of combining prevention strategies', p. 1523-1524.

letselongeval toeneemt, omdat zowel de agent als de inrijder minder tijd heeft een succesvolle ontwijkingsmanoeuvre te initiëren. In de tweede plaats geldt dat de kans op de dood gegeven een letselongeval sterk toeneemt. Uit het onderzoek dat ten grondslag ligt aan tabel 8.1 volgt bijvoorbeeld dat de kans op de dood bij 100 kilometer per uur de 90 procent nadert. Het spreekt vanzelf dat die kans nog verder toeneemt indien de botssnelheid hoger dan dat is.

Het komt mij voor dat het aannemen van een aanmerkelijke kans op de dood niet enkel en alleen op deze factor gebaseerd kan worden. Ik zou menen dat daarvoor meer bijzondere, risicoverhogende omstandigheden vereist zijn. Die omstandigheden dienen zowel de agent als de inrijder te betreffen. In de eerste plaats moet gelden dat de agent niet of nauwelijks tijd of ruimte heeft om het voertuig te ontwijken. Als die tijd of ruimte er namelijk wel is, dan is de kans op het intreden van een letselongeval onvoldoende groot. In de tweede plaats moet acht geslagen worden op de psychische gesteldheid van de inrijder. In paragraaf 7.5.2 heb ik betoogd dat intenties belangrijke voorspellers zijn van de uitkomsten van menselijk gedrag. De kans op de dood moet veel groter worden geacht in het geval dat de inrijder van plan is om koste wat kost door te rijden dan in het geval dat hij van plan is een ontwijkingsmanoeuvre te initiëren indien de agent niet uit de weg gaat. Het komt mij voor dat de drempel van een aanmerkelijke kans in beginsel alleen kan worden bereikt indien de inrijder niet van zins is een ontwijkingsmanoeuvre te maken.<sup>899</sup>

De conclusie kan zijn dat het bewijs van een aanmerkelijke kans alleen in uitzonderlijke gevallen geleverd kan worden. Indien de inrijder buitengewoon hard rijdt, de agent weinig tijd of ruimte heeft om te ontwijken en de inrijder niet van zins is een ontwijkingsmanoeuvre te maken, dan is het wellicht mogelijk een aanmerkelijke kans op de dood aan te nemen. Daarbij is uiteraard van belang welke ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans' wordt gehanteerd. Als die ondergrens op 50 procent gesteld wordt, dan zal het ook onder deze omstandigheden lastig zijn het bewijs te leveren.

### 8.3.5 Spanning met het in dubio pro reo-beginsel

Het is de vraag hoe de zojuist getrokken conclusie dat het bewijs van een aanmerkelijke kans alleen in uitzonderlijke gevallen kan worden geleverd, zich verhoudt tot de constatering dat feitenrechters met enige regelmaat een veroordeling uitspreken voor poging tot doodslag bij het inrijden op een agent. In paragraaf 8.2.3 heb ik bepleit feitelijke oordelen aan de hand van een strenge maatstaf te toetsen. De vraag is of het buiten redelijke twijfel staat dat een feitelijk oordeel juist is. Naar mijn oordeel staat het zelden of nooit buiten

---

<sup>899</sup> Het niet van zins zijn een ontwijkingsmanoeuvre te maken, betekent niet dat de actor doelopzet heeft op het veroorzaken van een aanrijding of het veroorzaken van de dood. Dat brengt mee dat het nog steeds nodig is voorwaardelijk opzet te gebruiken. Zie paragraaf 3.2 over het onderscheid tussen opzettingen.

redelijke twijfel dat de combinatie van bijzondere, risicoverhogende factoren die nodig is voor een aanmerkelijke kans zich voordoet. Hieronder bespreek ik vier lastige vragen die in dat verband opgeworpen kunnen worden. De vragen hebben achtereenvolgens betrekking op de snelheid van het voertuig, de inherente onbetrouwbaarheid van empirisch onderzoek, de indifferentie van de inrijder en de ontwijkingsmogelijkheden van de agent.

Is voldoende zeker dat de verdachte met zeer hoge snelheid – bijvoorbeeld sneller dan 100 kilometer per uur – heeft gereden? Bedacht dient te worden dat gezien de onbetrouwbaarheid van snelheidsreconstructies door deskundigen een behoorlijke veiligheidsmarge in acht moet worden genomen.<sup>900</sup> Hetzelfde geldt ten aanzien van de schatting van de snelheid door getuigen. Daarbij dient wellicht ook nog in aanmerking te worden genomen dat de slachtoffers van het incident belang kunnen hebben bij het overschatten van de snelheid.

Is voldoende zeker dat de empirische gegevens die ten grondslag liggen aan de kansinschatting juist zijn? Het is de vraag hoe de empirische informatie met betrekking tot de kans op de dood gegeven een letselondeval bij een bepaalde snelheid, dient te worden geïnterpreteerd. Men kan zich afvragen of de onbetrouwbaarheid die inherent is aan empirisch onderzoek niet noopt tot het uitgaan van een lagere kansgrootte. Mag de kans op de dood gegeven een letselondeval met een snelheid van 100 kilometer per uur op circa 90 procent worden gesteld (conform tabel 8.1)? Of moet op basis van het in dubio pro reo-beginsel uitgegaan worden van een lagere kansgrootte, aangezien er een reële mogelijkheid bestaat dat de onderzoeksresultaten de kans overschatten?<sup>901</sup> In dat geval wordt het nog lastiger het bewijs voor een aanmerkelijke kans te leveren.

Is voldoende zeker dat de verdachte op enig moment de intentie heeft gehad door te rijden zonder een ontwijkingsmanoeuvre te initiëren? Het bewijs voor deze indifferentie valt in de eerste plaats lastig te leveren indien de agent tijdig uit de weg is gesprongen. Tegen de achtergrond van de psychologische assumptie dat inrijders geen belang hebben bij een (dodelijke) aanrijding, is het zeer de vraag of buiten twijfel staat dat de actor de intentie had om door te rijden zonder een ontwijkingsmanoeuvre te initiëren indien de agent niet uit de weg zou springen. Een tweede scenario dat het bewijs van de indifferentie bemoeilijkt, doet zich voor indien de inrijder in een later stadium een

---

<sup>900</sup> Vgl. Spek 2005, 'Snelheidsberekeningen naar aanleiding van verkeersongevallen'. Als het resultaat van de snelheidsreconstructie gecombineerd kan worden met betrouwbare andere bewijsmiddelen, zoals een betrouwbaar geachte schatting van de snelheid door getuigen, dan kan meer zekerheid worden verkregen.

<sup>901</sup> De figuur waarop tabel 8.1 is gebaseerd, bevat ook een schatting van het 95 procent betrouwbaarheidsinterval. De kans op de dood bij een snelheid van 100 kilometer per uur komt dan ongeveer uit op 60 procent (in plaats van tegen de 90 procent). Zie Rosén & Sander 2009, 'Pedestrian fatality risk as a function of car impact speed', p. 538 (figuur 1). Er bestaat uiteraard eveneens een reële mogelijkheid dat de onderzoeksresultaten de kans onderschatten. In verband met het in dubio pro reo-beginsel wordt hier echter alleen acht geslagen op onbetrouwbaarheid die in het nadeel van de verdachte werkt.

ontwijkingsmanoeuvre heeft ondernomen. Op zichzelf beschouwd is het mogelijk de late ontwijkingsmanoeuvre als een reflexmatige handeling te karakteriseren, zodat de manoeuvre verenigbaar is met de eerdere intentie door te rijden zonder een ontwijkingsmanoeuvre te initiëren.<sup>902</sup> Daarnaast zou de ontwijkingsmanoeuvre geduid kunnen worden als een te laat ingezette poging tot vrijwillige terugtred, zodat de eerder gelokaliseerde intentie de grootte van de objectieve kans determineert.<sup>903</sup> Wat er ook zij van dergelijke pogingen strafrechtelijke aansprakelijkheid te construeren, het blijft sterk de vraag of kan worden uitgesloten dat de actor reeds in een eerder stadium de intentie had een ontwijkingsmanoeuvre te initiëren indien de agent niet aan de kant zou gaan.

Is voldoende zeker dat de agent niet of nauwelijks tijd of ruimte heeft gehad om het voertuig te ontwijken? De op het zelfbehoudinstinct gebaseerde assumptie dat de agent – indien mogelijk – alles op alles zal zetten een aanrijding te voorkomen, is een zeer belangrijke kansverminderende factor. In veel zaken is de agent er ook daadwerkelijk in geslaagd zich uit de baan van het aanstormende voertuig te bewegen. Deze constatering staat niet noodzakelijkerwijs in de weg aan het aannemen van een meer dan aanmerkelijke kans op het plaatsvinden van een letselongeval.<sup>904</sup> Ook zeer grote kansen zullen zich bij tijd en wijle niet verwezenlijken. De omstandigheid dat de agent erin geslaagd is een letselongeval te voorkomen, maakt het echter wel evident dat scenario's waarin de gedraging goed afloopt tot de mogelijkheden behoren. Dat roept de vraag op of werkelijk boven twijfel verheven is dat sprake was van een aanmerkelijke kans op de dood.

De bovenstaande en andere twijfels zorgen ervoor dat veroordelingen wegens poging tot doodslag bij het inrijden op een agent naar mijn mening bijna altijd op gespannen voet staan met het in dubio pro reo-beginsel. Dat geldt zeker als de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans' op 50 procent wordt gesteld. Maar ook als wordt uitgegaan van de in mijn proefschrift gesuggereerde ondergrens van 10 procent, blijft de spanning met het in dubio pro reo-beginsel bestaan.

De spanning met het in dubio pro reo-beginsel kan ook vanuit een ander perspectief worden beredeneerd. In paragraaf 6.4.4.3.a heb ik uiteengezet dat in de feitenrechtspraak zeer verschillend wordt omgegaan met het inrijden op agenten. Het gebeurt met enige regelmaat dat veroordeeld wordt wegens poging tot doodslag. In andere gevallen wordt de verdachte alleen veroordeeld wegens poging tot zware mishandeling. Ook komt het voor dat de verdachte uitsluitend wordt veroordeeld wegens bedreiging met een misdrijf. Ten slotte wordt in sommige gevallen in het geheel geen veroordeling uitge-

<sup>902</sup> Zie bijv. rechtbank Rotterdam 13 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM1697. Deze uitspraak is besproken in paragraaf 6.6.4.2.

<sup>903</sup> In paragraaf 6.4.4.5 heb ik diverse manieren besproken waarop de ontwijkingsmanoeuvre geduid kan worden tegen de achtergrond van vrijwillige terugtred.

<sup>904</sup> De kans op een letselongeval dient meer dan aanmerkelijk te zijn, omdat niet elk letselongeval tot de dood leidt.

sproken voor een commuun opzetdelict in verband met het inrijden. Deze variatie valt ook te constateren op zaaksniveau. Het doet zich regelmatig voor dat de uitspraak in eerste aanleg verschilt van de uitspraak in hoger beroep.

Het is de vraag waarom in de rechtspraak zo verschillend wordt omgegaan met het bedreigend inrijden op agenten. Een mogelijke verklaring is gelegen in de aard van de gedraging. Het inrijden op agenten kan op uiteenlopende wijzen vorm krijgen. De snelheid van het inrijdende voertuig, de hoeveelheid tijd die de agent gegund wordt zich uit de voeten te maken, de ruimte die de agent heeft om uit te wijken, de mobiliteit van de agent en het al dan niet initiëren van een ontwijkingsmanoeuvre door de inrijder zijn belangrijke kenmerken die van elkaar kunnen verschillen. Verwacht zou mogen worden dat er een positief verband bestaat tussen de gevaarlijkheid van de gedraging en de zwaarte van het commune delict waarvoor is veroordeeld. Het bestuderen van de gepubliceerde rechtspraak heeft echter geen duidelijke aanwijzingen opgeleverd voor het bestaan van een dergelijk verband.

Het feit dat een en dezelfde zaak dan wel verschillende zaken die niet of nauwelijks van elkaar verschillen tot andere uitkomsten leiden, vormt naar mijn mening ook een indicatie dat spanning bestaat met het in dubio pro reo-beginsel. Dit betekent namelijk dat een behoorlijk aantal rechters (of personen binnen het Openbaar Ministerie)<sup>905</sup> niet overtuigd zijn van de aanwezigheid van doodslagopzet. Die constatering werpt een schaduw op de veroordelingen wegens poging tot doodslag. Het feit dat behoorlijk wat (redelijke) juristen twijfelen, brengt mee dat de rationaliteit van de persoonlijke overtuigingen die ten grondslag liggen aan de veroordelingen ter discussie staat.<sup>906</sup>

Hierboven heb ik via twee routes betoogd dat veroordelingen wegens poging tot doodslag voor het inrijden op een agent in de regel op gespannen voet staan met het in dubio pro reo-beginsel. De constatering dat sprake is van een *ongegronde* bewezenverklaring (strijd met het in dubio pro reo-beginsel) betekent uiteraard niet noodzakelijkerwijs dat sprake is van een *onjuiste* bewezenverklaring, in die zin dat strijd bestaat met de materiële waarheid.<sup>907</sup> Het is lastig om in een individueel geval met voldoende zekerheid te zeggen dat sprake is van een onjuiste bewezenverklaring. Dat is in het bijzonder het geval als de uitspraak geen bewijsmiddelen bevat. Het valt op basis van de via de uitspraak kenbare gegevens vaak niet uit te sluiten dat de bewezenverklaring juist is.

Dat neemt niet weg dat het via een omweg wellicht mogelijk is iets te zeggen over individuele gevallen. Dat is met name het geval als uitgegaan

---

<sup>905</sup> Het gaat in dit verband om gevallen waarin het Openbaar Ministerie geen poging tot doodslag ten laste heeft gelegd, zodat de feitenrechter niet over die vraag kan oordelen.

<sup>906</sup> Zie ook paragraaf 2.4 in verband met de meerderheidsregel voor uitspraken van de meervoudige kamer. Ik werp daar de vraag op of het feit dat één van slechts drie beroepsrechters onvoldoende overtuigd is geraakt zich niet zou moeten vertalen in een beslissing in het voordeel van de verdachte.

<sup>907</sup> Zie paragraaf 8.2.3.

wordt van de op het empirische onderzoek onder praktijkjuristen gebaseerde ondergrens van 50 procent. Geconstateerd kan worden dat alle agenten die als slachtoffer zijn bestempeld in een bewezenverklaring van poging tot doodslag in verband met de in deze paragraaf geanalyseerde gedraging, het incident hebben overleefd. Daaruit kan worden afgeleid dat het bijzonder onwaarschijnlijk is dat in al deze gevallen sprake is geweest van een aanmerkelijke kans – een kans van ten minste 50 procent – op de dood. Het is veel waarschijnlijker dat de gemiddelde kans in die zaken niet bijzonder groot is geweest. Het feit dat die conclusie in lijn is met de eerder uitgewerkte psychologische assumpties versterkt het vertrouwen in de juistheid van deze stelling. Een en ander brengt mee dat we er vrij zeker van kunnen zijn dat sommige van deze veroordelingen onjuist zijn, ook al kunnen we niet precies aangeven welke uitspraken dat zijn.

### 8.3.6 De subjectieve kans

De analyse in deze paragraaf stond tot nu toe in de sleutel van de kans in objectieve zin. Betoogd is dat de aanwezigheid van een aanmerkelijke kans in objectieve zin in de regel niet buiten redelijke twijfel staat. Ik zal nu kort aandacht besteden aan de subjectieve kans. Het is in dat verband de vraag of buiten redelijke twijfel staat dat de inrijder op enig moment heeft voorzien dat een aanmerkelijke kans op de dood van de agent bestond.

De psychologische assumpties die in paragraaf 8.3.3 zijn besproken, kunnen ook hier worden toegepast. In de eerste plaats ligt het voor de hand dat de inrijder verwacht dat de agent zich op enig moment uit de baan van het voertuig zal bewegen. Dat betekent dat geen sprake is van bewustheid van een aanmerkelijke kans op de dood. In de tweede plaats is het ook goed mogelijk dat de inrijder in zijn plan heeft opgenomen dat hij een ontwijkingsmanoeuvre zal initiëren in het geval de agent blijft staan. De inrijder zal in de regel immers geen enkel belang hebben bij een (dodelijke) aanrijding. De intentie eventueel een ontwijkingsmanoeuvre te ondernemen, brengt in principe ook mee dat geen sprake is van bewustheid van een aanmerkelijke kans op de dood.

Tegen de achtergrond van deze plausibele psychologische assumpties komt het mij voor dat de voor opzet vereiste psychische gesteldheid zich al lastig laat bewijzen in het geval dat de agent zich tijdig uit de baan van het voertuig beweegt, zodat de inrijder geen ontwijkingsmanoeuvre hoeft te maken. Het bewijs van opzet lijkt mij evenwel nog kwetsieuzer in het geval de inrijder een ontwijkingsmanoeuvre heeft ondernomen. Kan de hypothese dat de intentie een (dodelijke) aanrijding te voorkomen reeds aanwezig was in een eerder stadium werkelijk worden uitgesloten?

Ten slotte wijs ik nog op een andere duiding van de ontwijkingsmanoeuvre (remmen of opzij sturen). Als al wordt aangenomen dat een ontwijkingsmanoeuvre niet in de weg staat aan het eerder lokaliseren van opzet op de dood, dan zou de manoeuvre onder omstandigheden nog steeds opgevat kun-

nen worden als vrijwillige terugtred. In de eerste plaats kan de bestuurder de snelheid van het voertuig verminderen door te remmen. In paragraaf 8.3.3 kwam naar voren dat het verminderen van de snelheid een zeer belangrijke kansverlagende factor is in verband met de ernst van de gevolgen van een aanrijding. Daarnaast kan de bestuurder de auto opzij sturen. Daarbij is van belang dat minder reactietijd benodigd is om opzij te sturen dan om te remmen.<sup>908</sup> Dat betekent dat op een later moment nog een succesvolle ontwijkingsmanoeuvre kan worden ondernomen. In het licht van deze factoren geldt dat het tot een bepaald moment mogelijk is om de kans op een (dodelijke) aanrijding aanzienlijk te doen slinken.<sup>909</sup> Dat brengt mee dat een ontwijkingsmanoeuvre zou kunnen nopen tot het aannemen van vrijwillige terugtred.

De in deze paragraaf verdedigde these dat de inrijder in de regel niet zal beschikken over de voor opzet vereiste psychische gesteldheid is in lijn met de wijze waarop het inrijden op agenten in Duitsland wordt benaderd. In het Duitse begrip van voorwaardelijk opzet wordt geen aanmerkelijke kans in objectieve of subjectieve zin vereist.<sup>910</sup> Tegen deze achtergrond zou verwacht kunnen worden dat in Duitsland gemakkelijker veroordeeld zal worden wegens poging tot doodslag bij het inrijden op een agent. Het tegendeel is echter het geval. De heersende opvatting in Duitsland is dat het inrijden op een agent geen poging tot doodslag oplevert.<sup>911</sup> In de onderstaande passage gaat Blomsma in op het verschil tussen de Nederlandse en Duitse situatie:

“It frequently occurs that a driver of a vehicle is ordered to stop by a police officer, but he refuses and continues to drive, whereby the officer has to jump aside to escape collision with the vehicle. Whereas this is generally charged and often accepted as attempted intentional killing in the Netherlands, it is not considered to constitute this offence in Germany. German courts have argued that the defendants bank on the reaction of the policeman. They accept endangering them, but they do not actually contemplate that they will be killed. The defendants are thought to have considered the chance of death as improbable, as the defendant trusts the officer expects such actions and is mentally prepared to jump, which is confirmed by the fact that these situations

---

<sup>908</sup> Green 2000, “‘How long does it take to stop?’ Methodological analysis of driver perception-brake times’, p. 213 stelt dat opzij sturen gepaard gaat met een reactietijd die circa 0,3 seconden sneller is dan bij het remmen. De extra tijd voor het remmen wordt veroorzaakt door het feit dat de voet van het gaspedaal naar het rempedaal bewogen moet worden.

<sup>909</sup> In paragraaf 6.4.4.5 heb ik diverse manieren besproken waarop de ontwijkingsmanoeuvre geduid kan worden tegen de achtergrond van de vrijwillige terugtred. Indien de ontwijkingsmanoeuvre zo laat heeft plaatsgevonden dat de kans op het gevolg in onvoldoende mate afneemt, kan geen vrijwillige terugtred meer worden aangenomen.

<sup>910</sup> Vgl. Blomsma 2012, ‘*Mens rea* and defences in European criminal law’, p. 105. In paragraaf 5.6.3 heb ik aandacht besteed aan het opzetbegrip in Duitsland.

<sup>911</sup> Vgl. Blomsma 2012, ‘*Mens rea* and defences in European criminal law’, p. 107-110 en 151-152, en Goeckenjan 2015, ‘Serious traffic offences: the German perspective’, p. 99-102.

hardly ever lead to fatal results. There is therefore no acceptance of death and no liability based on conditional intent. The awareness of only a small chance suggests the accused did not accept the death of the officer.”<sup>912</sup>

Aangezien de afwezigheid van een aanmerkelijke kans in subjectieve zin niet noodzakelijkerwijs in de weg staat aan de cognitieve component van het Duitse opzetbegrip, wordt het gebrek gelokaliseerd in de volitieve component. Aangenomen wordt dat de inrijder ervan uitging of erop vertrouwde dat geen dodelijk ongeval zou plaatsvinden. In hoofdstuk 5 heb ik betoogd dat dergelijke afwegingen in het Nederlandse strafrecht beter in de cognitieve component kunnen worden gelokaliseerd. Het erop vertrouwen, voorzien, verwachten, geloven, zich voorstellen, e.d. dat het gevolg niet zal intreden, zijn stuk voor stuk manifestaties van de cognitieve psychische act.<sup>913</sup> In dat geval is geen sprake van de bewustheid van een aanmerkelijke kans.

### 8.3.7 Een aanmerkelijke kans op basis van een hypothetische kans?

In het voorgaande heb ik vanuit verschillende perspectieven beargumenteerd dat veroordelingen wegens poging tot doodslag voor het inrijden op een agent doorgaans op gespannen voet staan met het in dubio pro reo-beginsel. Ik zal nu kort aandacht besteden aan de vraag hoe deze veroordelingen zich laten verklaren. Verderop in dit hoofdstuk zal ik een aantal algemene verklaringen bieden voor veroordelingen die in strijd zijn met het in dubio pro reo-beginsel.<sup>914</sup> Het is mogelijk dat feitenrechters uitgaan van een normatief (niet-psychisch) opzetbegrip, een zeer lage ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ hanteren of genoeg nemen met een te lage overtuigingsgraad voor een veroordeling. Al deze verklaringen laten zich ook toepassen op het inrijden op een agent. In deze paragraaf zal ik echter alleen stilstaan bij een andere verklaring, die specifiek van toepassing is op de gedraging van het inrijden.

In paragraaf 6.4.4.3.c heb ik de bijzondere aard van de bedreiging bij het inrijden als verklarende factor opgevoerd voor de veroordelingen wegens poging tot doodslag. De gedraging van het blijven inrijden op een agent die zich in het pad van de auto bevindt, wijkt af van typische vormen van bedreiging. Als een bedreiging plaatsvindt, dan is het normaal gesproken aan de keus van de bedreiger of hij de bedreiging waarmaakt indien het bedreigingsdoel niet wordt gerealiseerd. Bij het inrijden op een agent zijn het bedreigingsdoel (opzijaan) en het bedreigingsobject (dood of letsel) nauw met elkaar verbonden. Als het bedreigingsdoel niet wordt gerealiseerd, dan treedt het bedreigingsobject bijkans automatisch in. De bedreiger zal er veelal moeilijk

<sup>912</sup> Blomsma 2012, ‘*Mens rea* and defences in European criminal law’, p. 107-108 (voetnoten verwijderd).

<sup>913</sup> Zie paragraaf 5.3.4.3.

<sup>914</sup> Zie paragraaf 8.6.3.



meer voor kunnen kiezen om het bedreigingsobject toch niet in te laten treden. Hij neemt als het ware een voorschot op het daadwerkelijk effectueren van de bedreiging. Deze karakteristiek van het inrijden zorgt ervoor dat het als een zeer ernstige vorm van bedreiging kan worden bestempeld.

Als de aard van de bedreiging bij de beoordeling van opzet wordt betrokken, dan zal de aandacht meer worden gericht op de situatie die zich zou voordoen *als* de bedreigde niet opzij was gesprongen. De anterieur gemaakte keus om in dat geval (mogelijk) dood of letsel te veroorzaken, komt dan centraal te staan. Het is de vraag hoe dit perspectief zich verhoudt tot de vraag of sprake is van een aanmerkelijke kans en de bewuste aanvaarding daarvan. Het komt in de praktijk regelmatig voor dat de feitenrechter de aanwezigheid van de aanmerkelijke kans relateert aan de situatie waarin wél een aanrijding plaatsvindt. De volgende overweging van rechtbank Alkmaar 6 februari 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:AZ7879 kan als illustratie dienen:

“Door met een snelheid van naar schatting 70 kilometer per uur op de agenten in te rijden, waarbij die agenten teneinde een aanrijding te voorkomen genoodzaakt waren om weg te springen voor de auto en waarbij die auto hen op minder dan 1 meter voorbij suisde, stelde verdachte zich willens en wetens bloot aan de aanmerkelijke kans dat hij die agenten met zijn auto zou aanrijden en dat zij daardoor dodelijk letsel zouden oplopen. De kans dat iemand bij een aanrijding door een auto die met zo hoge snelheid rijdt dodelijk letsel oploopt, is bovendien een kans die naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk is te achten. Verondersteld mag worden dat ook bij verdachte ten tijde van het inrijden wetenschap bestond van de aanmerkelijke kans dat zulk een gevolg kon intreden. Door desondanks aldus te handelen heeft verdachte die aanmerkelijke kans ook aanvaard en op de koop toe genomen.”

De rechtbank relateert de aanmerkelijke kans op de dood aan het geval dat een aanrijding plaatsvindt. Vervolgens wordt de wetenschap en de aanvaarding van die aanmerkelijk geachte kans in één moeite door aan de verdachte toegeschreven. Het is gemakkelijk in te zien dat de rechtbank de kans op de dood vanuit een verkeerd perspectief benadert. In paragraaf 7.5 heb ik kritiek geleverd op het door de Hoge Raad ingenomen perspectief in de Groninger schietzaak, waarin de verdachte twee kogels door een voordeur schoot.<sup>915</sup> De omstandigheid dat het slachtoffer zich – naar later bleek – bevond in de niet in het verlengde van de voordeur gelegen slaapkamer, werd door de Hoge Raad betrokken bij het bepalen van de kans. De kans wordt op deze manier onderschat, omdat een kansverlagende factor die zich toevallig in de werkelijkheid heeft voorgedaan, wordt geïncorporeerd in de gedraging waarop het kansoordeel betrekking heeft. Het is dan namelijk de vraag hoe groot de kans op de dood is, gegeven het feit dat het slachtoffer zich niet in de baan van de kogel bevindt.

---

<sup>915</sup> HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6765.

De rechtbank doet precies het tegenovergestelde van wat de Hoge Raad doet. De rechtbank incorporeert een kansverhogende factor die zich in de werkelijkheid niet heeft voorgedaan in de gedraging waarop het kansoordeel betrekking heeft. Dat is in lijn met de als bewijsmiddel gebruikte verklaring van een van de slachtoffers: “Als ik echt was blijven staan, had ik zeker zwaar letsel opgelopen.” In de benadering van de rechtbank is het de vraag hoe groot de kans op de dood is, gegeven het feit dat er een aanrijding met de agent plaatsvindt. Het gaat in dat geval om een hypothetische kans: de kans die zich voor zou doen indien het slachtoffer was aangereden.

Uit het in paragraaf 8.3.3 aangehaalde onderzoek volgt dat de kans op de dood bij een letselongeval dat plaatsvindt met een snelheid van 70 kilometer per uur inderdaad behoorlijk groot is.<sup>916</sup> Deze kans nadert de 40 procent. In paragraaf 8.3.5 heb ik overigens wel betoogd dat enige terughoudendheid wellicht op zijn plaats is. In de eerste plaats is het de vraag of de onbetrouwbaarheid die inherent is aan empirisch onderzoek niet noopt tot het uitgaan van een lagere kansgrootte. In de tweede plaats is het de vraag of de snelheidsinschatting van de agent die aangifte deed van poging tot doodslag voldoende betrouwbaar is om als uitgangspunt te nemen. Daarbij verdient opmerking dat de agent zelf een slag om de arm hield: “Op het moment dat de auto mij voorbij [ging, reed] de bestuurder met in ieder geval een hogere snelheid dan 50 kilometer per uur. Ik schatte de snelheid zelf op ongeveer 70 kilometer.”

Ik laat de vraag of buiten redelijke twijfel staat dat sprake is van een aanmerkelijke kans op de dood *indien* een aanrijding plaatsvindt (de hypothetische kans) voor wat zij is en verplaats de aandacht naar het door de rechtbank ingenomen perspectief. Het is evident dat de rechtbank de kans op de dood vanuit een verkeerd perspectief benadert. De kans op de dood kan geschat worden door de kans op een aanrijding te vermenigvuldigen met de kans dat een aanrijding dodelijk is. Als de kans op een aanrijding klein moet worden geacht, dan heeft dat derhalve grote invloed op de kansgrootte ten aanzien van de dood. De rechtbank laat een zeer invloedrijke kansverlagende factor – de mogelijkheid dat de agenten opzij zullen springen – buiten beschouwing. De rechtbank taxeert de kans op de uitkomst die in werkelijkheid plaatsvond, namelijk het opzijspringen van de agenten, impliciet op 0 procent. De kans op het plaatsvinden van een aanrijding wordt dan impliciet op 100 procent gesteld. Het is gemakkelijk in te zien dat de kans op de dood zo op kunstmatige wijze hoog wordt gehouden. De redenering van de rechtbank laat zich vergelijken met de redenering dat de kans dat een bepaald persoon de Staatsloterij wint immens is *als* de notaris het lot van deze persoon trekt.

De redenering van de rechtbank is ook terug te vinden in andere feitelijke uitspraken.<sup>917</sup> In de meeste gevallen waarin veroordeeld wordt wegens poging

<sup>916</sup> Zie Rosén & Sander 2009, ‘Pedestrian fatality risk as a function of car impact speed’, p. 538 (figuur 1a).

<sup>917</sup> Zie bijv. rechtbank Maastricht 22 september 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AY8696 (feit 2); Hof Leeuwarden 8 september 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ7111; rechtbank

tot doodslag in verband met het inrijden op een agent laat de feitenrechter echter niet het achterste van zijn tong zien. Op de keper beschouwd wordt niet meer vermeld dan dat de kans op de dood onder de gegeven omstandigheden naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk is te achten. Het laat zich denken dat een deel van die uitspraken in dezelfde sleutel geplaatst kan worden. De feitenrechter relateert de aanmerkelijkheid van de kans dan aan het slechtst denkbare scenario dat zich zou kunnen ontfouten op het moment dat het inrijden een aanvang neemt.

## **8.4 Rijden onder invloed**

### **8.4.1 Inleiding**

Deze paragraaf is gewijd aan de verhouding tussen intoxicatie en de anterieur-opzetconstructie. De belangrijkste vraag is of een onder invloed van alcohol ondernomen rit – met inachtneming van risicoverhogende factoren – gepaard gaat met een aanmerkelijke kans op de dood van een ander. De paragraaf is als volgt opgebouwd. In paragraaf 8.4.2 worden twee zaken besproken waarin het anterieur lokaliseren van opzet voor een belangrijk deel wordt gebaseerd op de intoxicatie van de verdachte. In paragraaf 8.4.3 zet ik aan de hand van de twee voorbeeldzaken uiteen op welke wijze de anterieur-opzetconstructie in de feitenrechtspraak wordt toegepast. In paragraaf 8.4.4 besteed ik aandacht aan de vraag hoe intoxicatie ten grondslag kan worden gelegd aan het bewijs van anterieur opzet. Paragraaf 8.4.5 is gewijd aan empirisch onderzoek met betrekking tot de gevaren die verbonden zijn aan rijden onder invloed. In die paragraaf wordt zowel aandacht besteed aan de relatieve als aan de absolute risico's. In paragraaf 8.4.6 wordt de validiteit van het intoxicatieargument onder de loep genomen. Aan de hand van een voorbeeldzaak wordt geanalyseerd hoe groot de objectieve kans is dat een dronken rit leidt tot de dood van een ander. Daarnaast ga ik in op de subjectieve kans: is aannemelijk dat de verdachte zich bewust is geweest van een aanmerkelijke kans?

---

Amsterdam 6 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7942 (standpunt officier van justitie); rechtbank Oost-Brabant 8 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1552; en HR 27 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:132.

### 8.4.2 Twee voorbeeldzaken

#### Zaak 5b

HR 17 februari 2004, NJ 2004, 323, ECLI:NL:HR:2004:AN9360

Veertig bier<sup>918</sup>

De verdachte was naar de kermis gereden in een Mitsubishi Pajero. Op de kermis had hij naar eigen zeggen in de loop van de middag en avond ongeveer veertig bier tot zich genomen. Hij liet zijn oorspronkelijke plan varen om de auto te laten staan en besloot naar het huis van zijn vriendin te rijden. Verschillende getuigen hebben verklaard dat het rijgedrag van de verdachte kort na vertrek zeer gevaarzettend is geweest. Op den duur reed de verdachte met een snelheid die ruim hoger was dan de ter plaatse toegestane snelheid van 50 kilometer per uur. Vervolgens heeft hij met onverminderde snelheid het slachtoffer, dat deel uitmaakte van een groepje van drie fietsers, doodgereden.

Het Hof baseert het bewijs van opzet voor een belangrijk deel op de vergaande intoxicatie van de verdachte. De volgende overwegingen zijn van belang in verband met de anterieur-opzetconstructie:

“Ondanks het feit dat verdachte (...) in vergaande staat van dronkenschap verkeerde (...) heeft verdachte op enig moment de keuze gemaakt om in genoemde auto naar de woning van zijn vriendin (...) te rijden. (...)”

Verdachte had voorafgaand aan de aanrijding van het slachtoffer dermate veel alcoholhoudende drank gedronken, dat hij absoluut niet meer in staat moest worden geacht zijn auto redelijkerwijs te besturen. Verdachte heeft zichzelf in deze staat van onbekwaamheid gebracht door gedurende de middag en avond voorafgaand aan het ongeval een zeer grote hoeveelheid alcoholhoudende drank te nuttigen.

Verdachte reed ten tijde van de aanrijding met een te hoge, althans aanzienlijke snelheid. Verdachte reed bovendien op zeer gevaarzettende wijze, waarbij hij kort vóór de fatale aanrijding ook andere verkeersdeelnemers in reëel gevaar had gebracht. Verdachte is met onverminderde snelheid op het fietsende slachtoffer ingereden, zodat moet worden aangenomen dat hij het slachtoffer in het geheel niet heeft gezien. (...)”

Blijkens het onderzoek ter terechtzitting wist de verdachte op 23 september 2002 op grond van zijn eerdere ervaringen welk effect alcohol op zijn lichaam en geest had. Verdachte had reeds tweemaal eerder onder invloed van alcohol een ernstig verkeersongeval veroorzaakt. Blijkens het onderzoek ter terechtzitting (...) had de verdachte voorafgaand aan het ongeval reeds tweemaal een transactie betaald en was hij reeds driemaal veroordeeld terzake het besturen van een personenauto onder invloed van alcohol.

Het hof leidt uit het vorengaande af dat het de verdachte kennelijk om het even is geweest of hij op de bewuste avond van 23 september 2002, rijdend in

<sup>918</sup> Zie voor de uitspraak van het Hof: Hof Den Bosch 2 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:A09404.

zijn auto op de openbare weg te Sint Michielsgestel, zwakke verkeersdeelnemers, zoals [het slachtoffer], zou aanrijden. Een dergelijk gevolg heeft verdachte kennelijk op de koop toe genomen.

Op grond van het vorengaande is het hof van oordeel dat de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat hij – door op vorenomschreven wijze te handelen – de dood van [het slachtoffer] zou veroorzaken. Mitsdien acht het hof wettig en overtuigend bewezen dat verdachte opzettelijk [het slachtoffer] van het leven heeft beroofd zoals in de bewezen-verklaring is omschreven.”

De Hoge Raad laat het oordeel van het Hof in stand. Het opzet van de verdachte wordt door de Hoge Raad mede in verband gebracht met de omstandigheid dat hij dermate veel alcohol had gedronken dat hij absoluut niet meer in staat moest worden geacht zijn auto naar behoren te besturen.

### **Zaak 5c**

Hof Arnhem 18 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BC7837

Inkeermomenten<sup>919</sup>

De zeer dronken verdachte was met zijn auto op weg van een shoarmarestaurant naar zijn op ongeveer één kilometer daarvandaan gelegen huis. De verdachte haalde een scooter in, ging naar rechts en reed met zijn rechterwiel tegen de trottoirband aan. Kort daarop is de verdachte tegen een fietsster aanbodst, die als gevolg daarvan is overleden. Het Hof veroordeelt de verdachte wegens doodslag. De volgende overwegingen zijn van belang in verband met de anterieur-opzetconstructie:

“Naar algemene ervaringsregels bestaat een aanmerkelijke kans op een aanrijding of botsing met een dodelijke afloop indien een bestuurder van een fiets, zijnde een onbeschermd verkeersdeelnemer, door een auto met een snelheid van meer dan vijftig kilometer wordt aangereden. Eveneens bestaat naar algemene ervaringsregels een aanmerkelijke kans dat een dergelijke aanrijding plaatsvindt als de bestuurder van de auto aanzienlijke hoeveelheden alcoholhoudende drank heeft genuttigd.

Het hof is met de rechtbank van oordeel dat verdachte de aanmerkelijke kans dat hij een zwakke verkeersdeelnemer zou aanrijden, met als mogelijk gevolg de dood van die verkeersdeelnemer, bewust heeft aanvaard en die kans op de koop heeft toegenomen toen hij op 26 mei 2007 rond 20.30 uur plaats nam in zijn auto. Uit de [feiten en omstandigheden leidt het hof] af dat het verdachte om het even is geweest of hij die avond een andere verkeersdeelnemer met zijn auto zou raken. Het hof wijst daarbij op de volgende omstandigheden:

---

<sup>919</sup> Zie voor de uitspraak van de rechtbank: rechtbank Arnhem 25 september 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB4171.

- Verdachte is op 1 april 2005 door de politierechter in de rechtbank te Groningen veroordeeld voor rijden onder invloed. Verdachte heeft daarover verklaard dat dit een eenzijdig ongeval betrof en dat hij nog alcohol had in zijn bloed van de dag ervoor. Verdachte was zich derhalve op grond van zijn eerdere ervaringen bewust van het effect dat alcohol op zijn lichaam en geest had. Hij kende reeds om die reden de hiervoor besproken aanmerkelijke kans dat als een gevolg van het besturen van een auto na het nuttigen van teveel alcoholhoudende drank de dood van een andere verkeersdeelnemer zal plaatsvinden.
- Verdachte heeft reeds in de middag van 26 mei 2007 aanzienlijke hoeveelheden alcoholhoudende drank genuttigd. (...) Hij heeft er echter niet voor gekozen de auto te laten staan toen hij besloot naar Dieren te gaan. Dit is het eerste moment waarop verdachte tot bezinning had kunnen en moeten komen.
- Toen tegen 20.30 uur die avond het plan werd opgevat om bij verdachte kaart te gaan spelen, had verdachte opnieuw diverse alcoholische consumpties genuttigd. Opnieuw koos verdachte er niet voor de auto te laten staan. Bij de rechter-commissaris heeft verdachte daarover verklaard: 'De afstand van de shoarmazaak tot mijn huis is inderdaad niet ver. Het zou kunnen zijn dat het ongeveer één kilometer is. U vraagt mij waarom ik niet ben gaan lopen. Ik heb daar niet over nagedacht'. Dit is het tweede moment waarop verdachte tot bezinning had kunnen en moeten komen.
- Voordat verdachte in zijn auto stapte heeft [betrokkene 2] verdachte er meerdere keren op gewezen dat hij de auto moest laten staan, dat zij vond dat verdachte beter niet kon gaan rijden en dat hij 'alcohol op had en niet zo'n klein beetje ook'. [Betrokkene 2] maakte verdachte ook duidelijk dat zij en [betrokkene 3] niet in de auto zouden meerijden, zoals verdachte verzocht. Toen verdachte zijn auto wilde starten, lukte dat niet. Verdachte heeft toen [betrokkene 1] en [betrokkene 3] gevraagd de auto aan te duwen, hetgeen zij hebben gedaan. Verdachte heeft vervolgens langzaam een rondje over de parkeerplaats gereden en trok vervolgens 'heel erg hard op' in de richting van de verkeerslichten bij de Harderwijkerweg. (...) Dit is het derde moment waarop verdachte tot bezinning had kunnen en moeten komen.
- Nadat verdachte in de auto was gestapt – en derhalve opnieuw aan het verkeer was gaan deelnemen – bleek de auto niet te starten. In plaats van op dat moment bij zinnen te komen en alsnog de auto te laten staan, koos verdachte ervoor de auto te laten aanduwen en vervolgens opnieuw de auto te gaan besturen. Dit is het vierde moment waarop verdachte tot bezinning had kunnen en moeten komen.
- Verdachte heeft zich vervolgens, voorafgaande aan de aanrijding, schuldig gemaakt aan gevaarzettend rijgedrag. (...) Door die wijze van rijden heeft verdachte er blijk van gegeven geen enkel oog te hebben gehad voor zwakkere verkeersdeelnemers, zoals [slachtoffer].

Uit al deze omstandigheden blijkt het volgende. Verdachte had voorafgaand aan de botsing [met slachtoffer] dermate veel alcoholhoudende drank genuttigd dat hij redelijkerwijs absoluut niet meer in staat moest worden geacht zijn auto te besturen. Uit de wijze van rijden van verdachte blijkt dat hij zich niet heeft bekommerd om de mogelijke gevolgen voor andere, in het bijzonder zwakke, weggebruikers, zoals fietsers. Gezien de hiervoor aan de orde gekomen omstandigheden waaronder de gedraging is verricht, kan het naar het oordeel van het hof niet anders zijn dan dat verdachte de aanmerkelijke kans op een (dodelijk) ongeval heeft aanvaard. Verdachte kende de gevaren van het rijden onder invloed en heeft op vier momenten waarop hij tot bezinning had kunnen komen, desalniettemin ervoor gekozen de auto te gaan besturen. Op al die momenten had hij anders kunnen en moeten beslissen. De gevolgen van zijn gedragingen zijn verdachte echter om het even geweest en heeft hij op de koop toegenomen. Eén en ander brengt met zich mee dat verdachte zich wilens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat zijn handelen de dood van [slachtoffer] tot gevolg zou hebben. Verdachte heeft derhalve opzettelijk gehandeld.”<sup>920</sup>

#### 8.4.3 Anterieur opzet in de feitenrechtspraak

Paragraaf 6.6.2 stond in het teken van een dogmatische plaatsbepaling van anterieur opzet. De term ‘anterieur opzet’ drukt uit dat opzet anterieur – dat wil zeggen op een eerder moment – wordt gelokaliseerd. Het centrale kenmerk van anterieur opzet bij een voltooid delict is dat opzet niet gelokaliseerd wordt op het moment dat de *actus reus* van de delictsomschrijving wordt vervuld. Er bestaat – anders dan bij gebruikelijke manifestaties van opzet – geen co-existentie tussen opzet en de gedraging die de dood van een ander veroorzaakt. In paragraaf 6.6.2 kwam ik tot de slotsom dat er op zichzelf beschouwd geen dogmatische bezwaren bestaan tegen de anterieur-opzetconstructie. Het feit dat de op een eerder tijdstip gelokaliseerde bewuste aanvaarding van een aanmerkelijke kans *tempore delicti* niet aanwezig is, hoeft niet aan de vervulling van de delictsomschrijving van doodslag in de weg te staan. Het samenstel van opzet en *actus reus* kan geduid worden als ‘opzettelijke levensberoving’.

In deze paragraaf zal ik aan de hand van de twee zojuist gepresenteerde voorbeeldzaken uiteenzetten op welke wijze de anterieur-opzetconstructie in de feitenrechtspraak wordt toegepast. Het lastige aan de constructie is dat anterieur opzet geen algemeen geaccepteerde dogmatische constructie betreft. Dat brengt in de eerste plaats mee dat de feitenrechter niet *kan* teruggrijpen op een standaardsjabloon waarin het opzet in een concrete zaak kan worden geplaatst. Het valt echter ook niet uit te sluiten dat de feitenrechter de anterieur-opzetconstructie niet al te veel *wil* expliciteren, omdat het niet dui-

---

<sup>920</sup> Ik heb een aantal tekstuele onvolkomenheden gecorrigeerd.

delijk is of de constructie in overeenstemming is met het geldende recht.<sup>921</sup> Het ontbreken van een duidelijk dogmatisch kader en de terughoudendheid die wellicht wordt betracht bij het expliciteren van de constructie zorgen ervoor dat de anterior-opzetconstructie zich niet altijd even gemakkelijk laat identificeren. Hieronder zal ik een aantal kenmerken bespreken die passen bij het vroeg lokaliseren van opzet. Deze kenmerken fungeren als aangrijpingspunt bij het identificeren van de anterior-opzetconstructie.

Anterior opzet doet zich voor als het opzet en de *actus reus* niet op hetzelfde moment worden gelokaliseerd. Anterior-opzetgevallen laten zich in de regel goed contrasteren met de in paragraaf 6.4 besproken categorie van doel-opzettelijke geweldshandelingen. In die gevallen staat doorgaans de vraag centraal of het opzet van de verdachte gericht is op een of meer slachtoffers van wier bestaan de verdachte zich *tempore delicti* bewust is. In zaak 3b (Remmen) ging het bijvoorbeeld om de bestuurder van een auto die dicht achter de verdachte reed op het moment dat hij hard op de rem ging staan.<sup>922</sup> Het opzet wordt in dat geval gelokaliseerd op het moment dat de verdachte besluit de gevaarlijke remmanoeuvre uit te voeren. Deze gewelddadige handeling is gericht op een specifiek persoon, namelijk de bestuurder van de achterliggende auto.

In anterior-opzetgevallen wordt het opzet van de verdachte in de regel juist niet betrokken op een concreet slachtoffer. In zaak 5b (Veertig bier) is het de verdachte om het even geweest “of hij op de bewuste avond (...) zwakke verkeersdeelnemers, zoals [het slachtoffer]” zou aanrijden. In zaak 5c (Inkeermomenten) is het de verdachte om het even geweest “of hij die avond een andere verkeersdeelnemer” met zijn auto zou raken. In deze gevallen wordt het opzet van de verdachte dus niet betrokken op een concreet slachtoffer, maar op de ruime categorie van al dan niet zwakke verkeersdeelnemers.

Indien er een slachtoffer te betreuren is, dan staat het feit dat de verdachte het slachtoffer niet heeft gezien of pas heel laat heeft gezien derhalve ook niet in de weg aan het aannemen van opzet. In zaak 5b (Veertig bier) overweegt het Hof expliciet dat moet worden aangenomen dat de bestuurder het slachtoffer in het geheel niet heeft gezien. Het feit dat het niet hebben waargenomen van het slachtoffer in dit geval niet aan het bewijs van opzet in de weg stond, laat zien dat het opzet niet betrokken kan zijn geweest op de dood van het concrete slachtoffer. In zaak 5c (Inkeermomenten) botste de verdachte tegen het slachtoffer aan omdat hij na een inhaalmanoeuvre de controle over zijn voertuig had verloren. De afwezigheid van controle brengt eveneens mee dat geen sprake kan zijn geweest van opzet op de dood van dít slachtoffer. Opzet veronderstelt namelijk dat de verdachte controle meent te hebben over het al dan niet intreden van het opzet-object (voorgestelde controle).<sup>923</sup>

<sup>921</sup> In paragraaf 6.6.5 heb ik de jurisprudentie van de Hoge Raad in verband met de anterior-opzetconstructie geanalyseerd.

<sup>922</sup> HR 20 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2526, NJ 2004, 214.

<sup>923</sup> Zie paragraaf 4.7. Zie ook de bespreking van HR 11 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3149 in paragraaf 6.4.4.4.



Het fundamentele kenmerk van anterieur opzet bij voltooide delicten is dat geen opzet aanwezig is tijdens de gedraging die de dood veroorzaakt. Dat komt het duidelijkst naar voren in zaak 5c (Inkeermomenten). In deze zaak wordt voorwaardelijk opzet op de dood van een zwakke verkeersdeelnemer gelokaliseerd op het moment dat de verdachte “op 26 mei 2007 rond 20.30 uur plaats nam in zijn auto”. Het opzet wordt derhalve expliciet vóór het later plaats te vinden ongeval gelokaliseerd. In zaak 5b (Veertig bier) overweegt het Hof dat “het de verdachte kennelijk om het even is geweest of hij op de bewuste avond van 23 september 2002” zwakke verkeersdeelnemers zou aanrijden.

Alcoholgebruik vormt in de regel de centrale factor bij het aannemen van anterieur opzet. In zaak 5b (Veertig bier) wordt het om het even zijn of er slachtoffers zouden vallen afgeleid uit de wetenschap van de verdachte welk effect alcohol op zijn lichaam en geest had. In zaak 5c (Inkeermomenten) wordt de aanvaarding van de aanmerkelijke kans gerelateerd aan het feit dat de verdachte ervoor heeft gekozen de auto te gaan besturen, hoewel hij de gevaren van het rijden onder invloed kende.

Bij het bewijzen van de voor opzet vereiste bewustheid van de aan alcoholgebruik verbonden gevaren wordt soms acht geslagen op bijzondere omstandigheden. Daarbij kan gedacht worden aan eerdere veroordelingen voor rijden onder invloed (zaak 5b en 5c), het eerder onder invloed veroorzaakt hebben van een ongeval (zaak 5b en 5c) of het vlak voor het in de auto plaatsnemen gewaarschuwd zijn (zaak 5c). Deze omstandigheden bieden steun aan de vaststelling dat de verdachte zich bewust geweest moet zijn van de grote gevaren die het rijden onder invloed met zich meebrengt.

In de meeste gevallen waarin intoxicatie een rol speelt, wordt het opzet niet alleen in verband gebracht met de intoxicatie, maar ook met het gevaarlijke rijgedrag tijdens de rit. Zowel in zaak 5b als in zaak 5c vestigt de feitenrechter expliciet de aandacht op het gevaarzettende gedrag tijdens de rit. Dat maakt het lastiger te determineren op welk moment het opzet wordt gelokaliseerd. Wordt het opzet alleen gelokaliseerd aan het begin van de rit, alleen tijdens de gevaarlijke gedragingen of wordt het opzet op beide momenten gelokaliseerd? In paragraaf 6.6.5.2 heb ik betoogd dat het niet valt uit te sluiten dat de Hoge Raad de gronden waarop het Hof in zaak 5b (Veertig bier) het bewijs van het opzet heeft doen steunen zo heeft opgevat dat tijdens de gehele rit van opzet sprake is geweest (voortdurend opzet). Dat betekent dat niet meer gesproken kan worden van anterieur opzet. In dat geval is namelijk wel degelijk sprake van co-existentie tussen opzet en *actus reus*.

Ook als de twee voorbeeldzaken in de sleutel van een voortdurend-opzetconstructie geplaatst zouden worden, is nog steeds sprake van de bijzonderheid dat het opzet van de verdachte niet betrokken is op de persoon die uiteindelijk om het leven zal komen. Ook bij deze constructie is het opzet van de verdachte gericht op de ruime categorie van al dan niet zwakke verkeersdeelnemers die tijdens de rit om het leven zouden kunnen komen.<sup>924</sup> Hoewel

<sup>924</sup> Zie bijv. Hof Den Bosch 30 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR6182, waarin het Hof expliciet gebruikmaakt van de voortdurend-opzetconstructie in verband met het

de voortdurend-opzetconstructie gepaard gaat met minder dogmatische complexiteiten, doen de prangende bewijsrechtelijke vragen die ik in de volgende paragrafen aan de orde zal stellen, zich in gelijke mate voor.<sup>925</sup>

Het enkele feit dat het gevaarzettende gedrag bij de beoordeling van opzet wordt betrokken, brengt overigens niet mee dat geen sprake is van anterior opzet. Het gedrag zou kunnen worden opgevat als een bewijsrechtelijke indicatie voor het eerder gelokaliseerde opzet. In deze benadering wordt het opzet op het moment van het gaan rijden mede afgeleid uit de talloze gevaarlijke gedragingen die tezamen de aanmerkelijke kans opleveren dat ergens tijdens de rit een dodelijk slachtoffer zou vallen. De verdachte, zo is de redenering, moet van tevoren hebben voorzien dat hij zo gevaarlijk zou gaan rijden.

#### 8.4.4 Intoxicatie als grondslag voor het bewijs van anterior opzet

Intoxicatie vervult een belangrijke rol in het verkeersstrafrecht. Rijden onder invloed is als misdrijf strafbaar gesteld in art. 8 WVV. Daarnaast is intoxicatie een strafverzwarende grond bij het culpose verkeersmisdrijf (art. 6 WVV). Uit art. 175 lid 3 WVV volgt dat de maximum gevangenisstraf die staat op de gewone schuld (art. 175 lid 1 WVV) dan wel de roekeloosheid (art. 175 lid 2 WVV) met de helft kan worden verhoogd als de schuldige verkeerde in de toestand als bedoeld in art. 8 WVV. Ten slotte geldt dat intoxicatie regelmatig wordt gebruikt om de schuld mede te funderen. Daar ligt de gedachte aan ten grondslag dat rijden onder invloed onaanvaardbare risico's met zich meebrengt.

In de context van doodslag in het verkeer wordt intoxicatie in verband gebracht met het opzet. Het feit dat intoxicatie een rol speelt bij het motiveren van opzet vormt een belangrijke aanwijzing dat de feitenrechter gebruik heeft gemaakt van de anterior-opzetconstructie. Deze lichamelijke staat is immers relevant voor de rit als geheel en is niet redengevend voor het bewijs van opzet op de dood van het concrete slachtoffer dat door de verdachte over het hoofd is gezien.<sup>926</sup> De vraag die in deze paragraaf centraal staat, is op welke wijze intoxicatie in de feitenrechtspraak ten grondslag wordt gelegd aan het bewijs van (anterior) opzet. Ik zal zaak 5c (Inkeermomenten) daarbij als uitgangspunt nemen. In deze zaak getuust het Hof zich veel moeite om de rol die intoxicatie vervult voor het voetlicht te brengen in de bewijsconstructie. Het Hof besteedt zowel aandacht aan de aanmerkelijke kans in objectieve zin

---

op enig moment door zijn roekeloze manier van rijden doden van een of meer andere (zwakkere) verkeersdeelnemers. Volgens het Hof kan het niet anders dan dat "verdachte tijdens zijn wildemansrit voortdurend welbewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat dit gevolg zou intreden."

<sup>925</sup> Zie ook paragraaf 6.6.4.3.

<sup>926</sup> Het dronken aanrijden van een slachtoffer dat niet is waargenomen noopt veeleer tot het oordeel dat tempore delicti sprake is van onbewuste schuld.

als aan de aanmerkelijke kans in subjectieve zin (bewustheid). In de volgende passage komen beide aspecten naar voren:

“Naar algemene ervaringsregels bestaat een aanmerkelijke kans op een aanrijding of botsing met een dodelijke afloop indien een bestuurder van een fiets, zijnde een onbeschermd verkeersdeelnemer, door een auto met een snelheid van meer dan vijftig kilometer wordt aangereden. Eveneens bestaat naar algemene ervaringsregels een aanmerkelijke kans dat een dergelijke aanrijding plaatsvindt als de bestuurder van de auto aanzienlijke hoeveelheden alcoholhoudende drank heeft genuttigd.

Het hof is met de rechtbank van oordeel dat verdachte de aanmerkelijke kans dat hij een zwakke verkeersdeelnemer zou aanrijden, met als mogelijk gevolg de dood van die verkeersdeelnemer, bewust heeft aanvaard en die kans op de koop heeft toegenomen toen hij op 26 mei 2007 rond 20.30 uur plaats nam in zijn auto.”

Het Hof stelt in de eerste alinea dat naar algemene ervaringsregels een aanmerkelijke kans bestaat dat “een dergelijke aanrijding” plaatsvindt als de bestuurder aanzienlijke hoeveelheden alcoholhoudende drank heeft genuttigd. Het lijkt erop dat deze zinsnede terugwijst naar de zinsnede “botsing met een dodelijke afloop”. Daaruit volgt dat het Hof in de eerste alinea poneert dat rijden met een aanzienlijke hoeveelheid alcohol een aanmerkelijke kans op de dood van een ander met zich meebrengt.<sup>927</sup>

In de tweede alinea van de geciteerde passage laat het Hof zich uit over de aanmerkelijke kans in subjectieve zin. Het Hof gaat ervan uit dat de verdachte zich bewust is geweest van de aanmerkelijke kans op de dood. Een van de redenen die het Hof daarvoor aanvoert is een eerdere veroordeling wegens rijden onder invloed na een eenzijdig ongeval. Daarover zegt het Hof het volgende:

---

<sup>927</sup> Het is ook mogelijk de eerste alinea zo te interpreteren dat het Hof via een omweg op de aanmerkelijke kans op de dood uitkomt. Deze interpretatie behelst dat het Hof met de tweede zin beoogt uit te drukken dat dronken rijden gepaard gaat met een aanmerkelijke kans op het plaatsvinden van een botsing. Deze botsing, zo heeft het Hof in de eerste zin aangegeven, ging op haar beurt gepaard met een aanmerkelijke kans op de dood. In deze interpretatie is er dus een *aanmerkelijke kans* op een botsing die de *aanmerkelijke kans* op de dood met zich meebrengt. In dat geval kan alleen sprake zijn van doodslagopzet indien de combinatie van de twee (aanmerkelijke) kansen zelf ook aanmerkelijk is. Aangezien de kansen met elkaar vermenigvuldigd dienen te worden, moeten de individuele kansen ruim boven de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ liggen. Als de kans op een botsing en de kans op de dood van een ander gegeven een botsing bijvoorbeeld beide op 71 procent worden ingeschat, dan leidt dat tot een gecombineerde kansgrootte van circa 50 procent. De wijze waarop het opzet in de tweede alinea wordt omschreven, wekt de indruk dat die drempel niet zonder meer gehaald zou worden. Het Hof spreekt daar van een *aanmerkelijke kans* op een botsing met de dood als *mogelijk* gevolg. Dat roept de vraag op of er wel een aanmerkelijke kans is dat dronken rijden tot een *dodelijk* ongeval leidt.

“Hij kende reeds om die reden de hiervoor besproken aanmerkelijke kans dat als een gevolg van het besturen van een auto na het nuttigen van teveel alcoholhoudende drank de dood van een andere verkeersdeelnemer zal plaatsvinden.”

Het is interessant dat het Hof de aanmerkelijke kans en de bewuste aanvaarding daarvan expliciet lokaliseert op een moment dat alleen nog maar vaststaat dat de verdachte dronken naar huis zal rijden. Het Hof relateert de objectieve aanmerkelijke kans aan algemene ervaringsregels. De subjectieve aanmerkelijke kans wordt onder meer gegrond op eerdere ervaringen van de verdachte. In paragraaf 8.4.6 zal ik de validiteit van deze twee inferenties onder de loep nemen. Voor ik daaraan toekom, ga ik in de volgende paragraaf eerst in op empirisch onderzoek met betrekking tot rijden onder invloed.

#### 8.4.5 Het gevaar van dronken rijden: relatieve en absolute risico's

Het doel van deze paragraaf is om inzicht te bieden in de gevaren die verbonden zijn aan het rijden onder invloed op de Nederlandse wegen. De uitkomst van deze analyse wordt gepresenteerd in de aan het eind van deze paragraaf opgenomen tabel 8.2. Deze tabel zal als uitgangspunt fungeren voor de in paragraaf 8.4.6 opgenomen kansinschatting in zaak 5c (Inkeermomenten). Door het algemene karakter van de in de tabel opgenomen gegevens kan de tabel echter ook dienstig zijn bij het analyseren van andere zaken. Hieronder sta ik eerst stil bij een aantal begrippen die ten grondslag liggen aan tabel 8.2. Vervolgens leg ik uit waarom ik een bepaald empirisch onderzoek (Blomberg e.a.) als uitgangspunt van mijn analyse neem. Ten slotte bespreek ik een aantal redenen waarom de uitkomsten van de analyse niet verabsoluteerd dienen te worden.

Empirisch onderzoek dat is gewijd aan het gevaar van rijden onder invloed kan niet direct worden toegepast in de juridische context. De uitkomsten van het onderzoek hebben namelijk geen betrekking op het gevaar *sec*, maar op het gevaar in vergelijking met het niet onder invloed rijden. Het zogenaamde *relatieve risico* drukt de verhouding uit tussen het risico in de ene groep en de andere groep.<sup>928</sup> Een relatief risico van 4 drukt bijvoorbeeld uit dat de kans op een bepaald gevolg in de ene groep (dronken rijders) 4 keer zo groot is als de kans in de referentiegroep (nuchtere rijders).

In de context van het opzet gaat het echter niet om de mate waarin het risico wordt verhoogd, maar om het absolute risico. In dat verband is het van belang inzicht te krijgen in de kans per gereden kilometer dat een automobilist met een bepaald bloedalcoholgehalte de dood van een ander veroorzaakt.

<sup>928</sup> Vgl. Houwing 2013, 'Estimating the risk of driving under the influence of psychoactive substances', p. 18-19. Het verdient opmerking dat het relatieve risico in het later in deze paragraaf gepresenteerde onderzoek geschat wordt via een 'odds ratio'. Zie Blomberg e.a. 2005, 'Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study', p. 1, 33 en 103.

Aangezien empirisch onderzoek naar de gevaren van alcoholgebruik alleen iets zegt over het relatieve risico, dient eerst vastgesteld te worden wat het zogenaamde basisrisico is. Het gaat dan om de kans per gereden kilometer dat een nuchtere automobilist de dood van een ander veroorzaakt. Dit basisrisico dient vervolgens vermenigvuldigd te worden met het relatieve risico bij een bepaald bloedalcoholgehalte. Aldus verkrijgt men het absolute risico gegeven een bepaald bloedalcoholgehalte.

Het basisrisico kan benaderd worden door het aantal kilometers dat in Nederland per jaar door nuchtere automobilisten gereden wordt te delen door het aantal personen dat de dood vindt ten gevolge van door nuchtere bestuurders bestuurde personenauto's. Aangezien het ongeval in zaak 5c (Inkeermomenten) in 2007 plaatsvond, ligt het voor de hand aansluiting te zoeken bij gegevens over dat jaar. Tegen de achtergrond van een aantal in de navolgende voetnoot gespecificeerde assumpties, schat ik het basisrisico per gereden kilometer in op ongeveer 1 op 500.000.000 (0,0000002 procent).<sup>929</sup> Het komt er simpel gezegd op neer dat er per miljard door nuchtere automobilisten gereden kilometers twee sterfgevallen bij anderen vallen te verwachten.

Voor wat betreft het relatieve risico maak ik gebruik van de uitkomsten van een Amerikaans onderzoek (Blomberg e.a.).<sup>930</sup> Aan de keuze voor dit onderzoek liggen een aantal redenen ten grondslag. De eerste reden die pleit voor dit onderzoek is dat het een zeer omvangrijk onderzoek betreft. Er zijn bijna 3000 ongevallen bij het onderzoek betrokken. Daardoor konden ook relatieve risico's bepaald worden voor specifieke bloedalcoholgehalten. De tweede reden om dit onderzoek te gebruiken is dat dit type onderzoek (een *matched case-control* onderzoek) een goed beeld geeft van de effecten van alcoholgebruik. Het betreft een epidemiologisch onderzoek waarin het bloedalcoholgehalte van bij een ongeval betrokken bestuurders wordt vergeleken

<sup>929</sup> De eerste variabele is het aantal kilometers dat in 2007 met personenauto's is gereden door nuchtere bestuurders. In 2007 werd in Nederland circa 102 miljard kilometer door personenauto's gereden. Vgl. Centraal Bureau voor de Statistiek 2016, 'Verkeersprestaties motorvoertuigen'. Deze cijfers hebben echter zowel betrekking op nuchtere als op dronken bestuurders. Ik ga ervan uit dat circa 93 procent van de gereden kilometers door nuchtere automobilisten gereden werd. Vgl. Houwing, Reurings & Bos 2011, 'Schatting van het aandeel verkeersdoden als gevolg van rijden onder invloed van alcohol', p. 12 (tabel 2). Dat betekent dat circa 95 miljard kilometer gereden werd door nuchtere bestuurders. De tweede variabele is het aantal personen dat de dood vindt ten gevolge van door nuchtere bestuurders bestuurde personenauto's. In 2007 vonden circa 225 personen in Nederland de dood als gevolg van een aanrijding met een personenauto. Vgl. Stipdonk 2013, 'Road safety in bits and pieces: for a better understanding of the development of the number of road fatalities', p. 46-47. Het gaat hier om slachtoffers aan de kant van de botspartner (in alle mogelijke hoedanigheden). Deze cijfers hebben echter zowel betrekking op nuchtere als op dronken bestuurders. Ik ga ervan uit dat circa 80 procent van deze doden veroorzaakt is door nuchtere automobilisten. Vgl. Houwing, Reurings & Bos 2011, p. 19. Dat betekent dat circa 180 doden veroorzaakt zijn door nuchtere bestuurders. Als de twee variabelen met elkaar worden gecombineerd, dan komt het basisrisico per gereden kilometer uit op 1 op 527.000.000.

<sup>930</sup> Blomberg e.a. 2005, 'Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study'.

met het bloedalcoholgehalte van bestuurders die op hetzelfde tijdstip en dezelfde plaats aan het verkeer deelnemen. Door de bloedalcoholgehalten van ongevalbestuurders te vergelijken met de bloedalcoholgehalten van de controlegroep kan worden vastgesteld in hoeverre alcoholgebruik de kans op een ongeval beïnvloedt. De derde reden die pleit voor dit onderzoek is dat de onderzoekers veel aandacht hebben besteed aan het corrigeren voor bepaalde fouten. Het onderzoek geeft daarom een beter beeld dan eerdere onderzoeken, waarin de gevaren van rijden onder invloed ernstig werden onderschat.

Hoewel ik van mening ben dat het onderzoek van Blomberg e.a. een bruikbaar uitgangspunt oplevert voor het beoordelen van de gevaren die gepaard gaan met het rijden onder invloed van alcohol, dienen de uitkomsten van het onderzoek niet verabsoluteerd te worden. Hieronder bespreek ik drie aandachtspunten die voor ogen moeten worden gehouden bij het gebruik van dit onderzoek.

In de eerste plaats moet bedacht worden dat de uitkomsten van verschillende onderzoeken behoorlijk van elkaar kunnen afwijken.<sup>931</sup> Dat betekent dat de werkelijke risico's substantieel hoger of lager zouden kunnen zijn dan de risico's die in het onderzoek van Blomberg e.a. gerapporteerd worden. Voor zover men in rechte in verband met het in dubio pro reo-beginsel rekening zou willen houden met de onbetrouwbaarheid die gepaard gaat met het onderzoek van Blomberg e.a., dient men overigens uit te gaan van (substantieel) lagere relatieve risico's.<sup>932</sup>

Een tweede reden om de uitkomsten van het onderzoek van Blomberg e.a. met terughoudendheid te bejegenen is dat Amerikaans onderzoek wordt toegepast op de situatie in Nederland. Het valt niet uit te sluiten dat verschillen tussen de twee landen van invloed zijn op het relatieve risico. Het verdient in dat verband overigens opmerking dat het onderzoek van Blomberg e.a. ook als uitgangspunt wordt genomen door de Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Verkeersveiligheid.<sup>933</sup>

Een derde reden voor terughoudendheid is dat het relatieve risico in het onderzoek van Blomberg e.a. (en andere onderzoeken) betrokken is op *ongevallen*, terwijl het mij hier te doen is om het relatieve risico in verband met het veroorzaken van *de dood van een ander*. Dat betekent dat dit onderzoek ook betrekking heeft op niet-dodelijke ongevallen en eenzijdige ongevallen. Er bestaan aanwijzingen dat het relatieve risico met betrekking tot dodelijke

---

<sup>931</sup> Zie voor verklaringen: Houwing 2013, 'Estimating the risk of driving under the influence of psychoactive substances', p. 110-132 en Gjerde, Bogstrand & Lillsunde 2014, 'Why is the odds ratio for involvement in serious road traffic accident among drunk drivers in Norway and Finland higher than in other countries?'

<sup>932</sup> Zie Blomberg e.a. 2005, 'Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study', p. 75 (tabel 36) voor het betrouwbaarheidsinterval dat hoort bij de hieronder in tabel 8.2 gepresenteerde uitkomsten. Zie ook paragraaf 8.3.5 over de vraag of de onbetrouwbaarheid die inherent is aan empirisch onderzoek noopt tot het uitgaan van een lagere kansgrootte.

<sup>933</sup> Zie SWOV 2016, 'Rijden onder invloed van alcohol'.

ongevallen sterker toeneemt dan het relatieve risico met betrekking tot niet-dodelijke ongevallen.<sup>934</sup> Deze bevindingen kunnen echter deels verklaard worden door het feit dat dronken rijders minder vaak gordels dragen en de omstandigheid dat intoxicatie een negatieve invloed heeft op de herstelcapaciteit van het lichaam.<sup>935</sup> Een deel van de verhoogde relatieve kans op de dood (in vergelijking met de relatieve kans op een ongeval) wordt met andere woorden dus verklaard door het feit dat de dronken bestuurders zelf eerder komen te overlijden. Dat brengt mee dat deze bevindingen niet onverkort toegepast kunnen worden op het relatieve risico met betrekking tot anderen dan de bestuurder.

Al met al meen ik dat het onderzoek van Blomberg e.a. een bruikbaar uitgangspunt oplevert voor het beoordelen van de gevaren die gepaard gaan met het rijden onder invloed van alcohol. Bedacht dient te worden dat statistische informatie niet meer is dan een eerste uitgangspunt bij het maken van een kansinschatting.<sup>936</sup> Bij het toepassen van de statistische informatie op een concrete zaak kunnen eventueel nog andere kansbepalende factoren bij de inschatting worden betrokken. Daar is vooral aanleiding voor in gevallen waarin het erom spant of de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ al dan niet wordt gehaald.

De uitkomsten van het onderzoek van Blomberg e.a. zijn weergegeven in de eerste twee kolommen van tabel 8.2. De tweede kolom bevat de relatieve risico's voor diverse bloedalcoholgehalten. Aangezien het risico van de nuchtere automobilist (een bloedalcoholgehalte van 0,0 promille) als referentie fungeert, is het relatieve risico in dat geval 1,00. De relatieve risico's van de andere bloedalcoholgehalten zijn afgezet tegen dit risico.

De derde kolom bevat een schatting van het absolute risico met betrekking tot de Nederlandse situatie. Het absolute risico is verkregen door het eerder in deze paragraaf geschatte basisrisico (1 op 500.000.000) te vermenigvuldigen met het relatieve risico bij een bepaald bloedalcoholgehalte. Het basisrisico is de kans per gereden kilometer dat een nuchtere automobilist de dood van een ander veroorzaakt.

---

<sup>934</sup> Vgl. Desapriya, Pike & Raina 2006, ‘Severity of alcohol-related motor vehicle crashes in British Columbia: case-control study’; Hels e.a. 2011, ‘Risk of injury by driving with alcohol and other drugs’, p. 35-41; en Taylor & Rehm 2012, ‘The relationship between alcohol consumption and fatal motor vehicle injury: high risk at low alcohol levels’. Vgl. ook Blomberg e.a. 2005, ‘Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study’, p. 105 met betrekking tot de ernst van niet-dodelijke ongevallen.

<sup>935</sup> Vgl. Desapriya, Pike & Raina 2006, ‘Severity of alcohol-related motor vehicle crashes in British Columbia: case-control study’ en Blomberg e.a. 2005, ‘Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study’, p. 105.

<sup>936</sup> Zie paragraaf 7.2.4.

**Tabel 8.2** Relatieve en absolute risico's bij verschillende bloedalcoholgehalten<sup>937</sup>

BAC (‰)	Relatief risico	Absoluut risico per km
0,0	1,00	1 op 500 miljoen (basisrisico)
0,1	1,03	1 op 485 miljoen
0,2	1,03	1 op 485 miljoen
0,3	1,06	1 op 472 miljoen
0,4	1,18	1 op 424 miljoen
0,5	1,38	1 op 362 miljoen
0,6	1,63	1 op 307 miljoen
0,7	2,09	1 op 239 miljoen
0,8	2,69	1 op 186 miljoen
0,9	3,54	1 op 141 miljoen
1,0	4,79	1 op 104 miljoen
1,1	6,41	1 op 78 miljoen
1,2	8,90	1 op 56 miljoen
1,3	12,06	1 op 41 miljoen
1,4	16,36	1 op 31 miljoen
1,5	22,10	1 op 23 miljoen
1,6	29,48	1 op 17 miljoen
1,7	39,05	1 op 13 miljoen
1,8	50,99	1 op 9,8 miljoen
1,9	65,32	1 op 7,7 miljoen
2,0	81,79	1 op 6,1 miljoen
2,1	99,78	1 op 5,0 miljoen
2,2	117,72	1 op 4,2 miljoen
2,3	134,26	1 op 3,7 miljoen
2,4	146,90	1 op 3,4 miljoen
2,5+	153,68	1 op 3,3 miljoen

Het verdient opmerking dat de in tabel 8.2 weergegeven uitkomsten zijn gecorrigeerd voor bepaalde fouten. Dat heeft tot gevolg dat de relatieve risico's – met name bij hogere bloedalcoholgehalten – een stuk hoger uitvallen dan anders het geval was geweest.<sup>938</sup> Zo ligt het relatieve risico bij een bloedalcoholgehalte van 2,5 promille of hoger bijvoorbeeld bijna 6 keer hoger. Het toepassen van de foutcorrecties brengt tevens mee dat de in de tabel gepresenteerde relatieve risico's bij hogere bloedalcoholgehalten substantieel groter zijn dan het geval was bij eerder onderzoek. De onderzoekers verbinden de volgende conclusie aan het onderzoek:

“The study data provide compelling evidence that alcohol (BAC) is a major factor in traffic crash causation. Risk of crashes increases at very moderate

<sup>937</sup> De eerste twee kolommen zijn ontleend aan: Blomberg e.a. 2005, 'Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study', p. 70 (tabel 33).

<sup>938</sup> Vgl. Blomberg e.a. 2005, 'Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study', p. 64-69.



BACs, and it increases dramatically at high BACs, findings that are consistent with previous epidemiological and laboratory studies. The magnitude of the increase in relative risk that emerges when high BACs are adjusted for non-participation bias is, however, a novel finding. The increases in risk at BACs of [1.2‰] and greater are dramatically higher than those previously reported.”<sup>939</sup>

Uit tabel 8.2 komt naar voren dat de relatieve kans op een ongeval vanaf een bloedalcoholgehalte van 0,4 promille exponentieel toeneemt met het bloedalcoholgehalte. De grote relatieve risico's die gepaard gaan met rijden onder invloed leiden tot veel onnodige doden. Er wordt geschat dat het percentage verkeersdoden in Nederland dat te wijten is aan alcoholgebruik tussen de 11 en 24 procent ligt.<sup>940</sup> Veel doden – en een nog veel groter aantal gewonden – zouden worden voorkomen als het grote aantal kilometers dat elk jaar weer onder invloed wordt gereden drastisch werd teruggebracht. Het spreekt voor zich dat het strafrecht daaraan een bijdrage kan leveren door de alcohollimiet die is neergelegd in art. 8 WVV te handhaven en te sanctioneren.<sup>941</sup>

Het valt op dat de relatieve risico's die gepaard gaan met een bloedalcoholgehalte van 1,0 promille of lager niet spectaculair hoog zijn. Dat brengt mee dat het in dat bereik goed mogelijk is dat andere factoren van meer belang zijn voor het ongevalsrisico. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de leeftijd van de bestuurder. Zo is het ongevalsrisico van een nuchtere 20-jarige bestuurder vergelijkbaar met het ongevalsrisico van een 50-jarige bestuurder met een bloedalcoholgehalte van 0,8 promille.<sup>942</sup> Een andere belangrijke factor is de snelheid waarmee gereden wordt. Uit empirisch onderzoek komt naar voren dat de kans op letselongevallen ruwweg verdubbelt bij elke snelheidstoename van 5 kilometer per uur.<sup>943</sup> Dat betekent dat een snelheid die 10 kilometer per uur te hoog is, gepaard gaat met een vergelijkbaar risico als het rijden met een bloedalcoholgehalte van 0,9 promille (een relatief risico van ongeveer 4).<sup>944</sup> Een snelheidsoverschrijding met 30 kilometer per

<sup>939</sup> Bloomberg e.a. 2005, 'Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study', p. 83.

<sup>940</sup> Vgl. Houwing e.a. 2014, 'Het werkelijk aandeel verkeersdoden als gevolg van alcohol', p. 24. Deze schatting heeft betrekking op 2013.

<sup>941</sup> Vgl. SWOV 2016, 'Rijden onder invloed van alcohol'.

<sup>942</sup> Vgl. Bloomberg e.a. 2005, 'Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study', p. 78.

<sup>943</sup> Zie Kloeden e.a. 1997, 'Travelling speed and the risk of crash involvement: volume 1 – findings'; Kloeden & McLean 1998, 'Speed and the risk of involvement in a casualty crash'; Kloeden, Ponte & McLean 2001, 'Travelling speed and the risk of crash involvement on rural roads'; Kloeden, McLean & Glonek 2002, 'Reanalysis of travelling speed and the risk of crash involvement in Adelaide South Australia'; en Spek, Wieringa & Janssen 2006, 'Intersection approach speed and accident probability'.

<sup>944</sup> In het onderzoek van Bloomberg e.a. is overigens niet gecorrigeerd voor de gereden snelheid. Het is denkbaar dat de lage relatieve risico's die gepaard gaan met het rijden met een bloedalcoholgehalte onder de 1,0 promille deels te wijten zijn aan het feit dat de bestuurders de effecten van intoxicatie teniet trachten te doen door bijvoorbeeld

uur gaat volgens de vuistregel echter gepaard met een relatief risico van 64 (2 tot de macht 6). Dat zou betekenen dat die factor substantieel meer invloed heeft dan een bloedalcoholgehalte van 1,0 promille.

De relatieve risico's die gepaard gaan met rijden onder invloed kunnen een argument opleveren in verband met de vaststelling van de schuld en het causaal verband in de zin van art. 6 WWV. Dat zal vooral het geval zijn indien de verdachte ernstig geïntoxiceerd was. In de context van doodslag in het verkeer gaat het echter niet om de relatieve risico's, maar om de absolute risico's. Het zal volgens de Hoge Raad moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk is te achten.<sup>945</sup> In de volgende paragraaf sta ik stil bij de aan het rijden onder invloed verbonden absolute risico's.

## 8.4.6 De validiteit van intoxicatie als argument voor opzet

### 8.4.6.1 Inleiding

In deze paragraaf staat de validiteit van het intoxicatieargument centraal. Zaak 5c (Inkeermomenten) wordt als uitgangspunt van de analyse genomen. Daarbij dient voor ogen te worden gehouden dat de meeste bespiegelingen die aan deze zaak worden gewijd geheel of gedeeltelijk van toepassing zijn op andere zaken waarin gebruik wordt gemaakt van de anterior-opzetconstructie.

In paragraaf 8.4.6.2 zal ik om te beginnen aandacht besteden aan de alleen op intoxicatie gebaseerde kans op het veroorzaken van de dood van een ander. Vervolgens ga ik in paragraaf 8.4.6.3 in op de vraag of bepaalde risicoverhogende factoren ertoe kunnen nopen de alleen op intoxicatie gebaseerde kans naar boven bij te stellen. In paragraaf 8.4.6.4 benader ik de kans vanuit een ander perspectief. Het is daar de vraag hoe groot de kans is dat een ongeval *niet* tot de dood van een ander leidt. In paragraaf 8.4.6.5 ga ik in op de subjectieve kans. In die paragraaf staat de vraag centraal of aannemelijk is dat de verdachte zich bewust is geweest van een aanmerkelijke kans. De paragraaf wordt afgesloten met een besluit (paragraaf 8.4.6.6).

### 8.4.6.2 De alleen op intoxicatie gebaseerde objectieve kans

In paragraaf 8.4.4 is uiteengezet dat het Hof Arnhem in zaak 5c (Inkeermomenten) de intoxicatie van de verdachte in verband bracht met de aanmerkelijke kans op de dood van een ander. Het is nu de vraag of met behulp van de in tabel 8.2 opgenomen absolute risico's meer te zeggen valt over de kans op de dood.

---

langzamer te rijden. Zie Blomberg e.a. 2005, 'Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study', p. 91 en 108.

<sup>945</sup> HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049 (Hiv-arrest I).

Om de objectieve kans op de dood te schatten, dient aangesloten te worden bij het perspectief van de verdachte.<sup>946</sup> Daarbij zijn om te beginnen twee variabelen van belang: de mate waarin de verdachte geïntoxiceerd was en de lengte van de door de verdachte beoogde rit. Ik neem als uitgangspunt dat de verdachte beschikte over een bloedalcoholgehalte van ongeveer 2,1 promille.<sup>947</sup> De afstand van de shoarmazaak waar de verdachte vertoefde en zijn huis waarnaar hij op weg was, bedroeg ongeveer één kilometer.

Uit tabel 8.2 blijkt dat een bloedalcoholgehalte van 2,1 promille gepaard gaat met een relatief risico van ongeveer 100. De bijbehorende kans op de dood van een ander per kilometer (het absolute risico) is geschat op 1 op 5 miljoen. Aangezien de beoogde rit één kilometer bedroeg, geldt deze kansgrootte ook voor de rit in kwestie. Dat betekent dat de grote risicoverhoging zich niet vertaalt in een groot absoluut risico. Ter vergelijking: de kans om de Jackpot van de Staatsloterij te winnen is ongeveer 3 keer zo groot (1 op 1,48 miljoen).<sup>948</sup>

Op grond van het bovenstaande valt wel wat af te dingen op de conclusie van het Hof dat naar algemene ervaringsregels een aanmerkelijke kans bestaat op een dodelijk ongeval als de bestuurder aanzienlijke hoeveelheden alcoholhoudende drank heeft genuttigd. Zowel de op het empirische onderzoek onder praktijkjuristen gebaseerde ondergrens van 50 procent als de in mijn proefschrift gesuggereerde ondergrens van 10 procent wordt bij lange na niet gehaald. Het hoeft geen betoog dat het lokaliseren van voorwaardelijk opzet op het moment dat de verdachte om 20.30 uur plaatsnam in zijn auto niet enkel en alleen op de intoxicatie van de verdachte kan worden gebaseerd.

#### *8.4.6.3 Bijstelling van de objectieve kans op basis van risicoverhogende factoren*

Het verdient opmerking dat bij het schatten van de kans dat de rit in kwestie tot de dood van een ander leidt ook acht geslagen zou kunnen worden op andere gegevens dan de intoxicatie.<sup>949</sup> Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de aard van het rijgedrag en de aard van de route. Aangezien het opzet –

---

<sup>946</sup> Zie paragraaf 7.5.2.

<sup>947</sup> Bij de verdachte is ongeveer anderhalf uur na het ongeval bloed afgenomen. Het bloedalcoholgehalte betrof, na aftrek van de wettelijk voorgeschreven correctie, 2,05 promille. Het is mogelijk dat het bloedalcoholgehalte tijdens het ongeval hoger is geweest, omdat er alcohol is afgebroken in de anderhalf uur die verstreken is. In casu staat echter vast dat de verdachte vlak voor de fatale rit opnieuw een aantal alcoholische dranken heeft genuttigd (twee of drie flesjes bier en een glas raki). Het kan daarom evenmin worden uitgesloten dat het bloed in die periode nog steeds alcohol aan het opnemen was. Daarbij komt dat het in een strafrechtelijke context in beginsel aanbeveling verdient aan te sluiten bij het meetresultaat dat ook als uitgangspunt voor de beoordeling van art. 8 WvW geldt.

<sup>948</sup> Vgl. Consumentengids 2012, 'Loterijen: vooral het Rijk wordt er rijk van'.

<sup>949</sup> Zie paragraaf 7.2.4 over het bijstellen van de op empirische informatie gebaseerde kansinschatting.

en in het voetspoor daarvan de kans in objectieve zin – wordt gelokaliseerd op het moment dat de verdachte plaatsnam in zijn auto, kunnen het rijgedrag dat zich heeft gemanifesteerd en de route die is genomen niet rechtstreeks worden meegenomen bij de kansbepaling.<sup>950</sup> Indien bepaald rijgedrag en een bepaalde route vallen te verwachten, dan kunnen deze factoren echter toch worden meegenomen. Hieronder bespreek ik deze factoren, waarbij ik er arguendo van uitga dat deze factoren voorzienbaar waren vanuit een ex ante perspectief.

De eerste risicoverhogende factor is het te verwachten rijgedrag van de verdachte. Een bestuurder kan – gegeven een bepaald bloedalcoholgehalte – meer of minder gevaarlijk rijden. Een bestuurder die zijn best doet de negatieve uitwerking van intoxicatie te compenseren – bijvoorbeeld door relatief langzaam te rijden – zal ceteris paribus minder gevaar veroorzaken dan de bestuurder die relatief snel rijdt.<sup>951</sup> In de onderhavige zaak achtte het Hof het aannemelijk dat de verdachte ten tijde van de botsing harder reed dan de aldaar toegestane snelheid van 50 kilometer per uur. In paragraaf 8.4.5 is er al op gewezen dat snelheid een belangrijke risicobepalende factor is.<sup>952</sup> In het gepubliceerde arrest is helaas geen informatie te vinden over de grootte van de snelheidsoverschrijding. Dat maakt het lastig om een uitspraak over deze zaak te doen.

Hoewel te hard rijden een belangrijke risicoverhogende factor is, dient ervoor gewaakt te worden al te veel risicoverhogende waarde toe te kennen aan deze factor. In het onderzoek van Blomberg e.a. (en andere onderzoeken) bleek het niet mogelijk om te corrigeren voor de gereden snelheid.<sup>953</sup> Het valt niet uit te sluiten dat de grote relatieve risico's die gepaard gaan met het rijden met een zeer hoog bloedalcoholgehalte deels te wijten zijn aan het feit dat deze bestuurders harder rijden dan nuchtere bestuurders op die tijd en plaats plegen te doen.<sup>954</sup> Dat zou dus betekenen dat deze risicoverhogende factor al deels ligt besloten in de op intoxicatie gebaseerde kansinschatting. De keuze voor een hoge snelheid ligt op het causale pad van forse alcoholconsumptie naar ongevallen.

De tweede risicoverhogende factor is de aard van de route die de actor beoogt te nemen. Het ongeval vond plaats op een binnen de bebouwde kom gelegen weg met een maximumsnelheid van 50 kilometer per uur. Fietsers en auto's maken gebruik van dezelfde weg en aan beide kanten van de weg ligt

---

<sup>950</sup> Zie paragraaf 7.5.2 over het bij de kansbepaling in te nemen perspectief.

<sup>951</sup> Zie Husak 1998, 'Reasonable risk creation and overinclusive legislation' en Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 143 over de 'redelijke dronken rijder'.

<sup>952</sup> Zie de in voetnoot 943 aangehaalde bronnen.

<sup>953</sup> Blomberg e.a. 2005, 'Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study', p. 91.

<sup>954</sup> Vgl. Blomberg e.a. 2005, 'Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study', p. 105; Desapriya, Pike & Raina 2006, 'Severity of alcohol-related motor vehicle crashes in British Columbia: case-control study', p. 91; en Taylor & Rehm 2012, 'The relationship between alcohol consumption and fatal motor vehicle injury: high risk at low alcohol levels', p. 1832-1833.

een stoep. Het is aannemelijk dat het basisrisico (de kans op de dood van een ander per kilometer) in de gegeven omstandigheden substantieel hoger is dan het basisrisico dat betrekking heeft op alle in Nederland gereden kilometers.<sup>955</sup>

Het is goed mogelijk dat de aard van het rijgedrag, de aard van de route en eventuele andere risicoverhogende factoren ertoe zouden nopen de alleen op intoxicatie gebaseerde kans van 1 op 5 miljoen per gereden kilometer substantieel naar boven bij te stellen. Aangezien er geen empirisch onderzoek bestaat dat specifiek betrekking heeft op een dergelijke combinatie van factoren, is het lastig om tot een betrouwbare schatting van de grootte van het risico te komen. Een dergelijke schatting zou het best kunnen plaatsvinden door experts met betrekking tot risico's in het verkeer.<sup>956</sup> Naar mijn stellige overtuiging wordt de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans' – wat deze ook moge zijn – ook bij lange na niet gehaald als acht zou worden geslagen op eventuele risicoverhogende factoren. Tegen die achtergrond lijkt het weinig zinvol om een nadere risicoanalyse uit te laten voeren.

#### 8.4.6.4 De objectieve kans dat een ongeval niet leidt tot de dood van een ander

De these dat geen sprake is van een aanmerkelijke kans op de dood van een ander kan ook via een omweg aannemelijk worden gemaakt. Er zit namelijk een soort natuurlijke bovengrens aan de kans op de dood van een ander. Het gaat in zaak 5c (Inkeermomenten) en in andere zaken om gevallen waarin de dood van een ander wordt veroorzaakt door middel van een verkeersongeval. In dat verband kan de vraag worden opgeworpen hoe groot de kans is dat een verkeersongeval *niet* leidt tot de dood van een ander.

Op basis van het 'Bestand geregistreerde ongevallen in Nederland' (BRON) kan worden vastgesteld dat circa 0,14 procent van de ongevallen die omstreeks 2007 plaatsvonden binnen de bebouwde kom en waarbij de eerste botser een automobilist was, heeft geleid tot de dood van de ander.<sup>957</sup> Een

---

<sup>955</sup> Vgl. Koornstra 1998, 'The Dutch policy for sustainable road safety', p. 5 over de kans op de dood bij verschillende wegtypen. Het verdient opmerking dat deze gegevens niet specifiek betrekking hebben op de kans op de dood van een ander.

<sup>956</sup> In het ideale geval wordt de kans geschat door een (groot) aantal deskundigen, waarbij de uitkomsten worden gemiddeld. Zie voor de achterliggende gedachte van deze procedure: Hofstee 1993, 'Uitbuiting van de dagelijkse ervaring: facetten van een psychometrische waarheidsbenadering' en Hofstee 1999, 'Principes van beoordeling: methodiek en ethiek van selectie, examinering en evaluatie'.

<sup>957</sup> Het 'Bestand geregistreerde ongevallen in Nederland' (BRON) is door mij geraadpleegd via de website van de Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Verkeersveiligheid (<www.swov.nl>). Ik heb de berekening uitgevoerd over de gecumuleerde cijfers van de jaren 2005-2009 (het ongeval in kwestie vond in 2007 plaats). In dat tijdvak werden 223.047 ongevallen geregistreerd (binnen de bebouwde kom; eerste botser is een automobilist). Er waren 453 doden; 151 doden betroffen de eerste botser zelf. Dat betekent dat 302 van de 223.047 ongevallen (0,135 procent) hebben geleid tot de dood van een ander.

kansgrootte van 0,14 procent betekent dat minder dan 1 op de 700 ongevallen van dit type de dood van een ander tot gevolg heeft.

Uiteraard valt het niet uit te sluiten dat de kans op de dood van een ander gegeven een verkeersongeval groter is binnen de categorie van ernstig dronken verkeersdeelnemers. Bovendien geldt dat niet ieder ongeval de dronken bestuurder ertoe zal nopen zijn rit te staken. Indien een dronken bestuurder na een ongeval verder rijdt, dan krijgt hij 'een nieuwe kans' om de dood van een ander te veroorzaken. Niettemin valt het te verwachten dat het overgrote deel van de ritten waarin een ongeval plaatsvindt niet de dood van een ander tot gevolg zal hebben.

Het heeft er alle schijn van dat de kans op de dood van een ander gegeven een verkeersongeval de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans' niet bereikt. Dat brengt mee dat de kans dat een dronken rit tot de dood van een ander leidt al helemaal niet in de buurt van de ondergrens komt. De kans op de dood van een ander gegeven een verkeersongeval dient immers nog gecombineerd te worden met de (niet al te grote) kans dat een dronken rit zal eindigen in een verkeersongeval. Dat betekent dat de uiteindelijke kans nog veel lager zal uitvallen.

De verhouding tussen dodelijke verkeersongevallen en niet-dodelijke verkeersongevallen levert een soort natuurlijke bovengrens van de objectieve kans op. De kans op het *niet* veroorzaken van de dood van een ander bij een verkeersongeval is vele malen groter dan de kans op het veroorzaken van de dood van een ander. Dit levert een bovengrens van de kans op, omdat de kans dat een *dronken rit* tot de dood van een ander leidt niet groter kan zijn dan de kans dat een *ongeval* tot de dood van een ander leidt. Niet elke dronken rit zal immers gepaard gaan met een ongeval. De in deze paragraaf uitgevoerde analyse ondersteunt de in de vorige paragraaf verdedigde these dat zelfs het in aanmerking nemen van risicoverhogende factoren niet tot een aanmerkelijke kans leidt.

#### 8.4.6.5 De subjectieve kans

In deze paragraaf zal ik kort stilstaan bij de kans in subjectieve zin. Het komt mij voor dat het bewijs van een aanmerkelijke kans in subjectieve zin in anterieur-opzettaken zo mogelijk nog lastiger te leveren valt dan het bewijs van een aanmerkelijke kans in objectieve zin. Hieronder bespreek ik drie redenen die ten grondslag liggen aan de lastige bewijsbaarheid.

De eerste reden die het lastig maakt een aanmerkelijke kans in subjectieve zin (bewustheid) aan te nemen heeft betrekking op de ervaringen van de dronken bestuurder. Het Hof sloeg bij het bewijs van opzet in zaak 5c (Inkeermomenten) acht op een eerdere veroordeling wegens rijden onder invloed na een eenzijdig ongeval. Volgens het Hof kende de verdachte reeds om die reden de aanmerkelijke kans dat door het besturen van een auto na het nuttigen van te veel alcoholhoudende drank de dood van een ander zal plaatsvinden.

Het afleiden van opzet op de dood uit dit eerdere incident behelst een enorme bewijsrechtelijke sprong. Uit het eerder veroorzaakte ongeval zou wellicht afgeleid kunnen worden dat de verdachte zich bewust moet zijn geweest van *het gevaar* dat verbonden is aan dronken rijden. De stap naar de bewustheid van de aanmerkelijke kans op het veroorzaken van *de dood van een ander* lijkt mij echter niet gerechtvaardigd. Daarbij is onder meer van belang dat het Hof geen acht slaat op de gevallen waarin dronken rijden niet tot een (dodelijk) ongeval heeft geleid. Het valt bepaald niet uit te sluiten dat deze 44-jarige verdachte heel veel ervaring had met rijden onder invloed.<sup>958</sup> Geen van die dronken ritten heeft er echter toe geleid dat een ander van het leven is beroofd. Dat brengt mee dat de verdachte geen reden had de kans op het veroorzaken van een dodelijk ongeval tijdens de rit van één kilometer bijzonder hoog in te schatten op het moment dat hij weer dronken achter het stuur plaatsnam. Het bewijs van een aanmerkelijke kans in subjectieve zin kan derhalve niet gebaseerd worden op de ervaringen van de verdachte.

Het ligt voor de hand dat de ervaringen die dronken bestuurders door de bank genomen hebben in overeenstemming zijn met de eerder getrokken conclusie ten aanzien van de objectieve kans. Rijden onder invloed gaat zelden gepaard met een ongeval – laat staan een ongeval waarbij een ander komt te overlijden. Dat betekent dat de dronken bestuurder de kans op de dood van een ander (en zichzelf) op goede gronden niet als aanmerkelijk inschat. Het zou irrationeel zijn te geloven dat er een aanmerkelijke kans bestaat op het veroorzaken van de dood van een ander.

De tweede reden waarom het bewijs van een aanmerkelijke kans in subjectieve zin moeilijk kan worden geleverd, houdt verband met de staat waarin de verdachte verkeerde. In de bovenstaande alinea is gesuggereerd dat het rationeel is de kans op de dood van een ander niet als aanmerkelijk in te schatten. Bedacht dient echter te worden dat de beslissing om dronken te gaan rijden in dronkenschap genomen wordt. Uit empirisch onderzoek kan worden afgeleid dat mensen geneigd zijn de kans op negatieve gevolgen lager in te schatten als ze geïntoxiceerd zijn.<sup>959</sup> Tegen deze achtergrond ligt het nog minder voor de hand dat een dronken persoon die besluit te gaan rijden de

---

<sup>958</sup> De lage objectieve pakkans zorgt ervoor dat men jarenlang dronken kan rijden zonder gepakt te worden. Vgl. Goldenbeld, Van Wijk & Mesken 2013, 'Sancties in het verkeer', p. 30. In het vonnis van de rechtbank wordt vermeld dat de verdachte blijkens het voorlichtingsrapport een serieus alcoholprobleem had.

<sup>959</sup> Zie MacDonald, Zanna & Fong 1995, 'Decision making in altered states: effects of alcohol on attitudes toward drinking and driving'; Fromme, Katz & D'Amico 1997, 'Effects of alcohol intoxication on the perceived consequences of risk taking'; Fromme, D'Amico & Katz 1999, 'Intoxicated sexual risk taking: an expectancy or cognitive impairment explanation?'; en Morris e.a. 2014, 'Perceived danger while intoxicated uniquely contributes to driving after drinking'. De bereidheid om risico's te nemen kan mogelijk ook verklaard worden door het onderschatten van de mate van intoxicatie. Op die wijze wordt het gevaar op indirecte wijze onderschat. Vgl. Proestakis e.a. 2013, 'The separate effects of self-estimated and actual alcohol intoxication on risk taking: a field experiment' en Laude & Fillmore 2016, 'Drivers who self-estimate lower blood alcohol concentrations are riskier drivers after drinking'.

kans dat de dronken rit tot de dood van een ander leidt als aanmerkelijk zou inschatten. Dat zou namelijk betekenen dat hij het gevaar niet onderschat, maar juist ernstig overschat.

De derde reden die het lastig maakt een aanmerkelijke kans in subjectieve zin aan te nemen, kan herleid worden tot een op eigenbelang gestoelde redenering in lijn met het Porsche-arrest. Als opzet gelokaliseerd wordt op het moment dat de bestuurder in de auto plaatsneemt, dan is het voor de bestuurder nog niet te voorzien op welke wijze de dood van een ander zich zou kunnen manifesteren.<sup>960</sup> Het is in het bijzonder niet te voorzien dat een eventueel plaats te vinden dodelijk ongeval zal geschieden op een wijze die geen negatieve consequenties voor de bestuurder zelf heeft. Het doden van een ander met een auto gaat gepaard met een grote kans op negatieve gevolgen voor de bestuurder zelf (eigen letsel of dood, beschadiging van de auto of juridische aansprakelijkheid).<sup>961</sup> Als zou worden aangenomen dat de bestuurder beschikt over een dermate verderfelijke karakter dat hij de aanmerkelijke kans op de dood van een ander heeft aanvaard, dan moet tevens onder ogen worden gezien dat hij de negatieve gevolgen voor zichzelf niet heeft voorzien dan wel dat hij deze gevolgen eveneens heeft aanvaard. Beide hypothesen komen mij – behoudens contra-indicaties – niet bijzonder waarschijnlijk voor. Dat brengt mee dat het niet voor de hand ligt een aanmerkelijke kans in subjectieve zin aan te nemen.

#### 8.4.6.6 *Besluit*

De in de bovenstaande paragrafen uitgevoerde analyse stond hoofdzakelijk in het teken van zaak 5c (Inkeermomenten). De meeste bespiegelingen die aan deze zaak werden gewijd, zijn echter geheel of gedeeltelijk van toepassing op andere zaken waarin de anterior-opzetconstructie wordt gebruikt. De zaak staat symbool voor andere zaken waarin intoxicatie ten grondslag is gelegd aan het bewijs van opzet.

In zijn algemeenheid geldt dat de aard van de beoogde route, de lengte van de beoogde rit, het te verwachten rijgedrag, de te verwachten drukte op het tijdstip in kwestie en eventuele andere factoren ertoe kunnen nopen de alleen op het bloedalcoholgehalte gebaseerde kansinschatting naar boven bij te stellen. De aan het rijden onder invloed verbonden risico's per kilometer zijn echter dermate gering dat het nauwelijks voorstelbaar is dat er een combinatie van bijzondere, risicoverhogende omstandigheden bestaat die noopt tot het oordeel dat een door de actor beoogde rit nochtans gepaard gaat met de aanmerkelijke kans op de dood van een ander.

Daarbij komt dat ook in andere anterior-opzetgevallen pleegt te gelden dat de kans dat intoxicatie resulteert in een ongeval dat *niet* tot de dood van een ander leidt veel groter moet worden geacht dan de kans dat een ander als

---

<sup>960</sup> Zie paragraaf 8.5.4.3.b.

<sup>961</sup> Zie paragraaf 8.5.4.2.



gevolg van het ongeval komt te overlijden. Deze bovengrens zorgt ervoor dat het zelfs in exceptionele omstandigheden bijna onmogelijk is om een aanmerkelijke kans op de dood aan te nemen.

Ten slotte geldt dat de moeilijkheden in verband met het bewijs van een aanmerkelijke kans in subjectieve zin, zich in de regel ook zullen voordoen in andere anterior-opzetzaken. Eerdere ervaringen met dronken rijden, het feit dat de beslissing dronken te gaan rijden in dronkenschap wordt genomen en de negatieve consequenties die gepaard gaan met een dodelijk ongeval maken het moeilijk een hoge subjectieve kans aan te nemen. Het ligt niet voor de hand dat een dronken bestuurder de kans dat zijn rit een dodelijk slachtoffer zal maken als aanmerkelijk inschat.

Ik heb eerder uiteengezet dat het niet valt uit te sluiten dat de Hoge Raad de aan hem voorgelegde zaken van dit type zo heeft opgevat dat tijdens de gehele rit van opzet sprake is geweest (voortdurend opzet).<sup>962</sup> Ook bij deze constructie is het opzet van de verdachte gericht op de ruime categorie van verkeersdeelnemers die tijdens de rit om het leven zouden kunnen komen. Het opzet is niet betrokken op de persoon die uiteindelijk om het leven zal komen. Het verdient opmerking dat alle bezwaren die gelden in verband met de anterior-opzetconstructie ook gelden in verband met de voortdurend-opzetconstructie. In bepaalde opzichten laat deze constructie zich nog lastiger bewijzen. In dat geval moet namelijk worden aangenomen dat de bestuurder de voor opzet vereiste geestesgesteldheid tijdens de gehele rit – en dus ook op het moment dat de aanrijding met het niet door hem waargenomen slachtoffer onafwendbaar was – heeft gekoesterd. Gezien de hoge taakbelasting die gepaard gaat met het rijden onder invloed, ligt dat niet direct voor de hand. In zaak 5d (Coureur) zijn er bovendien aanwijzingen dat de verdachte kort voor de aanrijding met de voetgangsters was afgeleid door een mobiel telefoongesprek.<sup>963</sup> Dat maakt het nog moeilijker voorstelbaar dat de verdachte cognitieve vermogens heeft vrijgehouden om continu de dood van een ander te visualiseren.

In paragraaf 8.2.3 heb ik bepleit feitelijke uitspraken rechtstreeks aan het in dubio pro reo-beginsel te toetsen. De vraag is of buiten redelijke twijfel staat dat een feitelijk oordeel juist is. Naar mijn oordeel zijn alle vier in paragraaf 6.6.3 gepresenteerde voorbeeldzaken in strijd met het in dubio pro reo-beginsel. Hetzelfde geldt voor andere zaken die in de 'Database opzet in het verkeer' zijn geclassificeerd als anterior-opzetzaken.<sup>964</sup> Het staat niet buiten redelijke twijfel dat sprake is geweest van een aanmerkelijke kans in objectieve dan wel subjectieve zin.

Het hoeft vermoedelijk geen betoog dat er enige spanning bestaat tussen mijn kille, nuchtere analyse op basis van empirisch onderzoek en het gevoelen dat

---

<sup>962</sup> Zie paragraaf 6.6.5.2 en 8.4.3.

<sup>963</sup> HR 17 maart 2009, NJ 2009, 158, ECLI:NL:HR:2009:BH6219 (Coureur). De zaak is besproken in paragraaf 6.6.

<sup>964</sup> De database is online toegankelijk via <[www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research](http://www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research)>.

ten grondslag ligt aan de bekritiseerde uitspraken. Hoe komt het dat sommige feitenrechters geneigd zijn zo veel waarde toe te kennen aan alcoholgebruik bij de attributie van opzet? De socioloog Gusfield wijst erop dat het denken over rijden onder invloed van alcohol beheerst lijkt te worden door de zogenaamde 'malevolence assumption'.<sup>965</sup> Zodra alcohol in het spel is, bestaat de neiging in de maatschappij om alcohol een belangrijke causale rol toe te dichten. In de volgende passage bespreekt Gusfield deze assumptie:

"For many in American culture, people who drink and then drive take chances with other people's lives in a manner more criminal than do others who, while sober, manufacture dangerously designed autos, who drive when too old or too young, who drive too fast for the conditions of the road, who drive defective autos, who drive when fatigued or who drive without using seat belts. While the contribution of any of these conditions to the aggregate of auto accidents may be greater or lesser than the use of alcohol, they do not create the same moral drama; they do not elicit the same concern for moral justice. (...)

[Policy] makers, activists and media personnel are themselves part of American culture and are attuned as well to their various constituencies. The matter of drinking-driving is also one of moral justice in which accident and death attributable to drinking-driving is *not equal* to other events. It constitutes an act more condemnable than other sources of accident and death in automobile use."<sup>966</sup>

De observatie van Gusfield laat zich goed toepassen op de opvattingen die op verjaardagsfeestjes plegen te worden uitgedragen. Enerzijds worden dronken rijders afgeschilderd als moordenaars in spe, terwijl anderzijds verontwaardiging bestaat over de als hoog gepercipieerde boetes die gepaard gaan met snelheidsovertredingen. Het is sterk de vraag of het grote verschil tussen die twee parallel aan elkaar bestaande belevingswerelden gerechtvaardigd is. In paragraaf 8.4.5 heb ik erop gewezen dat de relatieve risico's die gepaard gaan met snelheidsoverschrijdingen in dezelfde orde van grootte liggen als die van rijden onder invloed. Daarnaast geldt dat snelheidsovertredingen – net als dronken rijden – in de regel bewust worden gepleegd. Het gaat in beide gevallen dus om onnodige, gemakkelijk te voorkomen normschendingen.

In paragraaf 8.4.5 gaf ik aan dat er goede redenen zijn om rijden onder invloed zo veel mogelijk te beperken. Veel doden – en een nog veel groter aantal gewonden – zouden worden voorkomen als het grote aantal kilometers dat elk jaar weer onder invloed wordt gereden drastisch werd teruggebracht. De perceptie dat rijden onder invloed gepaard gaat met grote absolute risico's kan wellicht een bijdrage leveren aan de preventie van dronken rijden. Vanuit

<sup>965</sup> Zie Gusfield 1981, 'The culture of public problems: drinking-driving and the symbolic order', p. 111-113 en 151-154 over 'the myth of the killer-drunk'; Gusfield 1985, 'Social and cultural contexts of the drinking-driving event', p. 75-76; en Gusfield 1996, 'Contested meanings: the construction of alcohol problems', p. 41-44, 306-308 en 315-316.

<sup>966</sup> Gusfield 1985, 'Social and cultural contexts of the drinking-driving event', p. 75.

verkeersveiligheidsperspectief valt er dan ook wat voor te zeggen om de overtrokken percepties over de gevaren van dronken rijden te cultiveren. Dat is echter anders als het gaat om het toedelen van aansprakelijkheid voor dodelijke delicten. Het gaat niet aan om de maatschappelijke verontwaardiging ten aanzien van dronken rijden te vertalen in de attributie van doodslagopzet.

## **8.5 De kansintegratietheorie en opzet: naar een breder toepassingsbereik van de Porschedoctrine?**

### **8.5.1 Inleiding**

Deze paragraaf is gewijd aan de vraag of een breder toepassingsbereik moet worden toegekend aan de Porschedoctrine. Deze vraag wordt beantwoord tegen de achtergrond van de eerder geïntroduceerde rationele keuzetheorie. In paragraaf 8.5.4 zal ik uitgebreid stilstaan bij de centrale vraag. Voor ik toekom aan de beantwoording van die vraag, zal ik eerst een recapitulatie geven van de kansintegratietheorie (paragraaf 8.5.2) en de toepassing van deze theorie op de Porschezaak (paragraaf 8.5.3). Beide thema's zijn reeds uitgebreid aan bod gekomen in hoofdstuk 4.

### **8.5.2 De kansintegratietheorie<sup>967</sup>**

Volgens de causale handelingstheorie wordt intentioneel gedrag (op de juiste wijze) veroorzaakt door de wensen en overtuigingen van de actor. De kansintegratietheorie is een preciezere, beslissingstheoretische versie van de causale handelingstheorie. De relevante psychische variabelen van de theorie worden gerepresenteerd door cijfers.

Het eerste uitgangspunt van de kansintegratietheorie is de these dat de wenselijkheid gemaximaliseerd wordt (maximaliseringsprincipe). Als een actor een keus maakt uit meerdere opties, dan zal hij altijd kiezen voor de optie die wenselijker is dan (of ten minste net zo wenselijk is als) welke andere optie dan ook.

Het tweede uitgangspunt van de kansintegratietheorie specificeert hoe een actor de wenselijkheid van opties en mogelijkheden bepaalt. Een *optie* (bijvoorbeeld het inhalen van een auto) kan verschillende *mogelijkheden* in zich bergen. Hier zouden bijvoorbeeld twee mogelijkheden kunnen worden onderscheiden: de eerste mogelijkheid is dat een botsing plaatsvindt; de tweede mogelijkheid is dat geen botsing plaatsvindt. De wenselijkheid van een bepaalde mogelijkheid wordt volgens de theorie door twee factoren bepaald: de overtuiging en de waardering. De *overtuiging* is een vaststelling van de kansgrootte van de mogelijkheid. De *waardering* is een vaststelling van de mate waarin een mogelijkheid wordt gewaardeerd. Ik ga ervan uit dat het

---

<sup>967</sup> Deze paragraaf is een verkorte weergave van paragraaf 4.4.1.

mogelijk is getallen toe te kennen aan overtuigingen en waarderingen. Deze getallen vormen een uitdrukking van de sterkte van een geestesgesteldheid.

De *overtuigingsgraad* (overtuiging) vormt een uitdrukking van de cognitieve psychische act. De term 'overtuigingsgraad' heeft dezelfde betekenis als de in het vorige hoofdstuk gedefinieerde term 'subjectieve kans'.<sup>968</sup> De overtuigingsgraad is gemodelleerd naar de schaal die wordt gebruikt om objectieve kansen uit te drukken. Iemand die er volledig van overtuigd is dat mogelijkheid  $\Phi$  zal plaatsvinden, heeft een overtuigingsgraad van 1 (100 procent) met betrekking tot  $\Phi$ . Iemand die er volledig niet van overtuigd is dat  $\Phi$  zal plaatsvinden of die er volledig van overtuigd is dat  $\Phi$  niet zal plaatsvinden, heeft een overtuigingsgraad van 0 (0 procent) met betrekking tot  $\Phi$ . Iemand die er in dezelfde mate van overtuigd is dat de uitputtende en elkaar uitsluitende mogelijkheden  $\Phi$  en niet- $\Phi$  zullen plaatsvinden (bijvoorbeeld kop of munt), heeft een overtuigingsgraad van 0,5 (50 procent) met betrekking tot  $\Phi$ . Deze drie referentiepunten laten zich het gemakkelijkst visualiseren. Het spreekt voor zich dat het ook mogelijk is getallen toe te kennen aan tussenliggende overtuigingsgraden.

Een belangrijke vraag is hoe de overtuiging psychisch wordt gerepresenteerd. Iemand die zijn hond wil uitlaten, kan zich bijvoorbeeld afvragen of het binnenkort zal gaan regenen. Het is de vraag op welke wijze een dergelijke inschatting gestalte krijgt. Het staat wel vast dat de mate van overtuiging in de regel niet aan ons verschijnt in de vorm van een getal, zoals 'de kans dat het gaat regenen is 48,7 procent'. Het lijkt evenmin voor de hand te liggen dat de mate van overtuiging in dergelijke situaties altijd verbaal wordt gerepresenteerd, zoals 'de kans dat het gaat regenen is substantieel'. Toch wordt de mate van overtuiging wel ervaren en speelt zij een rol in de beslissing de hond al dan niet uit te laten. De overtuigingsschaal is bedoeld om dergelijke intuïtieve ervaringen te vertalen in een getalsmatige grootheid.

De *waarderingsschaal* (waardering) vormt een uitdrukking van de volitieve psychische act. De waarderingsschaal wordt weergegeven op een schaal die loopt van -100 (maximale negatieve waardering) tot 100 (maximale positieve waardering). De eenheden van de schaal zijn op zich arbitrair. De schaal ontleent zijn betekenis aan het feit dat belang moet worden toegekend aan de onderlinge verhouding tussen verschillende waarderingen. De waarderingsschaal wordt weergegeven op een zogenaamde ratioschaal. Dat brengt mee dat veel betekenis kan worden toegekend aan de relatieve sterkte van waarderingen op de schaal. Zo is een waarderingsschaal van 8 dubbel zo hoog als een waarderingsschaal van 4. Daarnaast geldt dat het verschil tussen waardering 5 en 10 even groot is als het verschil tussen waardering 20 en 25. Bovendien kent de schaal een niet-arbitrair nulpunt. Een waardering van 0 heeft betrekking op een neutrale waarderingssact. Dit nulpunt representeert het midden tussen een positieve waarderingssact van een bepaalde intensiteit en een negatieve waarderingssact van dezelfde intensiteit. Een waardering van 0 betekent dat de actor volledig indifferent tegenover de mogelijkheid staat. Ten slotte

---

<sup>968</sup> Zie paragraaf 7.2.2.

geldt dat een negatieve waardering gecompenseerd kan worden door een positieve waardering van dezelfde sterkte. Een waarderingsgraad van 5 en een waarderingsgraad van -5 voor bij een bepaalde optie horende even waarschijnlijke mogelijkheden houden elkaar in evenwicht.

De schaal waarop de waarderingsgraad wordt uitgedrukt, kan het best worden opgevat als een situatieafhankelijke schaal. De schaal is bedoeld om inzichtelijk te maken hoe de verschillende mogelijkheden in een concrete keuzesituatie zich tot elkaar verhouden. Het gaat met andere woorden om de relatieve waardering in de keuzesituatie in kwestie. De getallen zijn niet bedoeld om een vergelijking tussen verschillende keuzesituaties mogelijk te maken. De situatieafhankelijkheid van de schaal doet recht aan de menselijke psychologie. Iemand die moet kiezen tussen een pizza van 5 euro en friet voor 4 euro focust zich in beginsel alleen op de relatieve aantrekkelijkheid van deze mogelijkheden. Het is niet nodig deze mogelijkheden te vergelijken met de waardering van mogelijkheden die buiten deze keuzesituatie liggen, zoals de dood van een geliefde of het winnen van de loterij. De waarderungen staan uitsluitend in dienst van de te maken keuze. Hierbij is alleen de relatieve sterkte van de voor de keuze relevante mogelijkheden van belang. In het voorbeeld maakt het dus niet uit welk getal precies aan de waardering van pizza wordt toegekend, zolang de juiste verhouding ten opzichte van de waardering van friet (bij deze prijs) maar in acht wordt genomen.

De basisgedachte van de kansintegratietheorie is dat de *wenselijkheidsgraad* (wenselijkheid) van een mogelijkheid bepaald wordt door de waarderingsgraad te vermenigvuldigen met de overtuigingsgraad. Hierboven is uiteengezet dat de overtuigingsgraad door een getal tussen de 0 en 1 wordt weergegeven. Dat betekent dat de wenselijkheidsgraad hetzij gelijk is aan de waarderingsgraad (bij een overtuigingsgraad van 1), hetzij kleiner is dan de waarderingsgraad (bij een overtuigingsgraad kleiner dan 1). Des te kleiner de kans op een bepaalde mogelijkheid wordt ingeschat, des te kleiner zal de wenselijkheidsgraad van de mogelijkheid worden. De wenselijkheidsgraad vormt – evenals de waarderingsgraad – een uitdrukking van de volitieve psychische act. Ook de wenselijkheidsgraad kan positief, negatief of neutraal (0) zijn. Het getal drukt uit dat een positief gewaardeerde mogelijkheid minder aantrekkelijk is voor een beslisser als niet zeker is dat deze mogelijkheid zich zal realiseren. Bij een negatief gewaardeerde mogelijkheid geldt dat de onaantrekkelijkheid van de mogelijkheid afneemt.

Hierboven is aan bod gekomen hoe de wenselijkheidsgraad van één enkele mogelijkheid wordt bepaald. Het is nu de vraag wat dient te geschieden als een bepaalde optie gepaard gaat met meerdere mogelijkheden. Stel dat iemand voor de keuze staat of hij al dan niet een bepaalde weddenschap zal aangaan. De weddenschap houdt in dat hij een Ferrari krijgt als een muntstuk op de kopzijde valt en 10.000 euro moet betalen als het muntstuk op de muntzijde terechtkomt. Van beide mogelijkheden kan de wenselijkheidsgraad worden bepaald door de waarderingsgraad te vermenigvuldigen met de overtuigingsgraad. Vervolgens is het de vraag hoe aantrekkelijk de actor deze uit twee mogelijkheden bestaande optie acht. De kansintegratietheorie dicteert

nu dat de wenselijkheidsgraden van de afzonderlijke mogelijkheden bij elkaar opgeteld dienen te worden. Deze *totale wenselijkheidsgraad* drukt uit hoe aantrekkelijk deze weddenschap door de actor wordt gevonden. Vervolgens is het mogelijk de wenselijkheidsgraad van deze optie af te zetten tegen de wenselijkheidsgraad van de andere relevante optie (het afzien van de weddenschap). In lijn met het eerder besproken maximaliseringsprincipe zal de actor ten slotte kiezen voor de optie met de hoogste wenselijkheidsgraad. De kansintegratietheorie kan als volgt in symbolen worden weergegeven.

$$\Pi_1 = O_1 \times W_1$$

$$\Pi_{tot} = \Pi_1 + \Pi_2 + \dots + \Pi_n$$

$\Pi_1$	wenselijkheidsgraad van mogelijkheid 1
$O_1$	overtuigingsgraad van mogelijkheid 1
$W_1$	waarderingsgraad van mogelijkheid 1
$\Pi_{tot}$	totale wenselijkheidsgraad van de uit $n$ mogelijkheden bestaande optie

### 8.5.3 Toepassing op de Porschezaak<sup>969</sup>

De kansintegratietheorie kan nader geïllustreerd worden aan de hand van de Porschezaak.<sup>970</sup> In de Porschezaak komt het aan op de vraag hoe de optie om in te halen gewaardeerd wordt ten opzichte van de optie om niet in te halen. Laten we aannemen dat de wenselijkheidsgraad van niet inhalen op 0 gesteld kan worden. Dat brengt mee dat de bestuurder zal inhalen als de totale wenselijkheidsgraad van de inhaaloptie positief is. Met betrekking tot deze inhaaloptie laten zich twee saillante mogelijkheden onderscheiden. De eerste mogelijkheid betreft een voor de bestuurder dodelijk ongeval en de tweede mogelijkheid betreft een geslaagde inhaalmanoeuvre. Laten we aannemen dat de bestuurder een overtuigingsgraad van 0,50 heeft voor de mogelijkheid dat hij zelf bij de inhaalmanoeuvre om het leven zal komen. Uit de in paragraaf 4.2 besproken zelfbehoudsthese vloeit voort dat deze mogelijkheid een extreem negatieve waarderingsgraad moet hebben (bijvoorbeeld -80). Volgens de kansintegratietheorie is de wenselijkheidsgraad van deze mogelijkheid -40 ( $0,50 \times -80$ ). Daaruit volgt dat de inhaaloptie alleen een positieve totale wenselijkheidsgraad kan hebben als de mogelijkheid van een geslaagde inhaalmanoeuvre extreem hoog wordt gewaardeerd. Als we ervan uitgaan dat de bestuurder ook een overtuigingsgraad van 0,50 heeft met betrekking tot een geslaagde inhaalmanoeuvre,<sup>971</sup> dan zal hij deze mogelijkheid dus hoger moe-

<sup>969</sup> Deze paragraaf is een verkorte weergave van paragraaf 4.4.2.

<sup>970</sup> Zie paragraaf 3.6 voor een uitgebreide beschrijving van de Porschezaak.

<sup>971</sup> Er wordt hier van uitgegaan dat de overtuigingsgraden van deze elkaar uitsluitende (en door de actor uitpuittend geachte) mogelijkheden sommeren tot 1 (additiviteit).

ten waarderen dan 80 (bijvoorbeeld 90). Dit wordt geïllustreerd in tabel 8.3 en 8.4.

**Tabel 8.3** Wenselijkheidsgraden van mogelijkheden

Mogelijkheid	Wenselijkheidsgraad	Overtuigingsgraad	Waarderingsgraad
Eigen dood	$0,50 \times -80 = -40$	0,50	-80
Geslaagde inhaalmanoeuvre	$0,50 \times 90 = 45$	0,50	90
Niet inhalen	0		

**Tabel 8.4** Wenselijkheidsgraden van opties

Optie	Totale wenselijkheidsgraad
Inhalen	$-40 + 45 = 5$
Niet inhalen	0

Uit tabel 8.4 komt naar voren dat de totale wenselijkheidsgraad van de inhaaloctie (5) hoger is dan de wenselijkheidsgraad van het niet inhalen (0). Dat betekent dat de bestuurder ervoor zal kiezen de inhaalmanoeuvre uit te voeren, aangezien hij op die manier de wenselijkheid in deze keuzesituatie maximaliseert.

De getallen die nodig zijn de bestuurder ertoe aan te zetten de inhaalmanoeuvre uit te voeren roepen prangende vragen op. Het is zonder meer het geval dat een behoefte aan spanning en avontuur sommige bestuurders ertoe kan bewegen om risico's in het verkeer te nemen.<sup>972</sup> Het is echter moeilijk voor te stellen dat de zucht naar spanning en avontuur zo'n grote impact heeft dat de extreem negatief gewaardeerde mogelijkheid van de eigen dood daarvoor kan worden geneutraliseerd. Dit uitgangspunt is in lijn met onderzoek waaruit blijkt dat zogenaamde sensatiezoekers die zich gevaarlijk in het verkeer gedragen dat zelf niet als zodanig ervaren.<sup>973</sup> Dat betekent dat de objec-

---

Als de subjectieve kans op de ene mogelijkheid  $x$  is, dan zal de subjectieve kans op de andere mogelijkheid dus  $1 - x$  zijn.

<sup>972</sup> Vgl. Rothengatter 1988, 'Risk and the absence of pleasure: a motivational approach to modelling road user behaviour'; Jonah 1997, 'Sensation seeking and risky driving: a review and synthesis of the literature'; en Harris & Houston 2010, 'Recklessness in context: individual and situational correlates to aggressive driving'.

<sup>973</sup> Vgl. Heino, Van der Molen & Wilde 1996, 'Differences in risk experience between sensation avoiders and sensation seekers'. Heino, Van der Molen & Wilde 1996, p. 78 benadrukken het niet-intentionele karakter met betrekking tot het nemen van risico's: "[Using] the phrase 'willingness to take risks' (...) for describing the behaviour of sensation seekers may be inappropriate. Sensation seekers, as compared to sensation avoiders, do not evaluate their behaviour as being more risky. Therefore it can not be said that they take more risk deliberately."

tieve kans op gevaar wel eens veel hoger zou kunnen zijn dan de subjectieve kans op gevaar (de overtuigingsgraad).

Er is in wezen maar een reële manier waarop een positieve totale wenselijkheidsgraad voor de inhaaloptie kan worden verkregen. Dat is het geval als een veel lagere overtuigingsgraad voor de mogelijkheid zelf het leven te verliezen aan de bestuurder wordt toegeschreven. Dat brengt tegelijkertijd mee dat een veel hogere overtuigingsgraad voor de andere mogelijkheid (een geslaagde inhaalmanoeuvre) zal moeten worden aangenomen. Een overtuigingsgraad van 0,10 voor de mogelijkheid zelf het leven te verliezen, gaat bijvoorbeeld gepaard met een overtuigingsgraad van 0,90 voor de mogelijkheid een geslaagde inhaalmanoeuvre uit te voeren. Een waarderingsgraad van 9 voor een geslaagde inhaalmanoeuvre ( $\Pi = 0,90 \times 9 = 8,1$ ) volstaat dan reeds om op te wegen tegen de negatieve wenselijkheidsgraad van de mogelijkheid zelf het leven te verliezen ( $\Pi = 0,10 \times -80 = -8$ ). Dit scenario is iets minder ongeloofwaardig, maar het is nog steeds nauwelijks voor te stellen dat triviale motieven als de zucht naar spanning en avontuur tot zulke relatief hoge waarden aanleiding geven.

Het is uiteraard mogelijk een nog veel lagere overtuigingsgraad aan de bestuurder toe te schrijven. In de context van de Porschezaak is de hoeveelheid speelruimte echter beperkt vanwege de in paragraaf 4.3 besproken gevaarperceptietheze. Als de bestuurder zich bewust was geweest van de *aanmerkelijke* kans op de dood van een ander (wat een vereiste voor opzet is), dan zou hij zich volgens deze these ook bewust geweest zijn van de *beduidende* kans op zijn eigen dood. Als we de kansintegratietheorie in deze context willen toepassen, dan moeten we er derhalve van uitgaan dat de bestuurder zich ten minste bewust is geweest van een beduidende kans op zijn eigen dood. Als de overtuigingsgraad voor de mogelijkheid dat de bestuurder zelf het leven zal verliezen zo laag wordt gesteld dat de negatieve wenselijkheidsgraad daarvan serieus wordt gereduceerd (bijvoorbeeld:  $\Pi = 0,01 \times -80 = -0,80$ ), dan laat het zich niet of nauwelijks denken dat de bestuurder tegelijkertijd heeft beschikt over de voor opzet vereiste bewustheid van de *aanmerkelijke* kans op de dood van een ander.

De kansintegratietheorie is in principe bedoeld om gedrag te voorspellen op basis van onderliggende geestesgesteldheden. In deze paragraaf is de theorie echter gebruikt om te laten zien dat bepaald gedrag (inhalen) niet gemakkelijk kan worden verklaard op basis van een geestesgesteldheid (bewustheid van de eigen dood) die samenhangt met doodslagopzet. Dat leidt tot de conclusie dat opzet op de dood van een ander niet kan worden bewezen.

## 8.5.4 Naar een breder toepassingsbereik van de Porschedoctrine?

### 8.5.4.1 Inleiding

De Porschedoctrine scharniert om de samenhang tussen opzet op de dood van een ander en opzet op de eigen dood. Gezien de met opzet op de dood van een



ander samenhangende aanmerkelijke kans op de eigen dood, is het onwaarschijnlijk dat de verdachte gehandeld heeft met de voor opzet vereiste bewustheid. In deze paragraaf wordt de vraag gesteld of de Porschedoctrine een breder toepassingsbereik zou moeten hebben.

Deze vraag wordt in drie etappes beantwoord. In paragraaf 8.5.4.2 ga ik in op andere negatieve gevolgen dan de eigen dood welke eveneens kunnen voortvloeien uit een verkeersongeval. In paragraaf 8.5.4.3 zal ik betogen dat het ongelijke-risicoargument, hetgeen een contra-indicatie in verband met de toepassing van het Porsche-arrest oplevert, slechts beperkte waarde heeft. Ook in het geval van een ongelijk risico zullen doorgaans nog steeds serieus te nemen kansen op de eigen dood en andere negatieve gevolgen resulteren. Deze twee paragrafen vormen de opmaat voor paragraaf 8.5.4.4, waarin ik uiteen zal zetten hoe aan de Porschedoctrine een breder toepassingsbereik kan worden toegekend. In die paragraaf wordt de geestesgesteldheid van de verdachte in een voorbeeldzaak gereconstrueerd op basis van de kansintegratietheorie. Op die manier wordt concreet geïllustreerd waarom het bewijs van opzet in de voorbeeldzaak – én andere zaken – niet overtuigend is.

#### *8.5.4.2 De onwenselijke gevolgen van een ongeval*

##### *8.5.4.2.a Inleiding*

Het Porsche-arrest berust op de veronderstelling dat een verkeersongeval zoals dat plaatsvond een zeer negatieve wenselijkheidsgraad zou hebben. De onwenselijkheid wordt gebaseerd op de mogelijkheid dat de bestuurder zijn eigen leven verliest. Het veroorzaken van de eigen dood is echter geenszins het enige onwenselijke gevolg dat gepaard kan gaan met een ongeval. De onderstaande opsomming bevat tien belangrijke negatieve gevolgen die zich kunnen voordoen indien een verkeersongeval plaatsvindt:

1. veroorzaking van de eigen dood;
2. veroorzaking van eigen letsel;
3. beschadiging van de eigen auto;
4. voortijdige beëindiging van de rit;
5. strafrechtelijke aansprakelijkheid;
6. civielrechtelijke aansprakelijkheid;
7. veroorzaking van de dood bij geliefden;
8. veroorzaking van letsel bij geliefden;
9. veroorzaking van de dood bij onbekende anderen;
10. veroorzaking van letsel bij onbekende anderen.

In de onderstaande zes paragrafen ga ik dieper in op de negatieve gevolgen die kunnen voortvloeien uit een verkeersongeval. Om doelmatigheidsredenen zal ik sommige van de hierboven onderscheiden gevolgen in één paragraaf behandelen. In de eerste vier paragrafen fungeert het eigenbelang van de ver-

dachte – net als in het Porsche-arrest – als aangrijpingspunt. In de laatste twee paragrafen, waarin het welzijn van geliefden en onbekende anderen centraal staat, wordt een altruïstischer perspectief ingenomen.

#### *8.5.4.2.b Veroorzaking van dood of letsel bij zichzelf*

Het valt goed te begrijpen dat het veroorzaken van de eigen dood centraal stond in het Porsche-arrest. De frontale botsing op hoge snelheid kan met recht levensgevaarlijk genoemd worden: slechts één van de zes betrokkenen – de verdachte – heeft dit catastrofale ongeval overleefd. Daarbij komt dat de bewezenverklaring – het opzettelijk van het leven beroven van vijf anderen – er eveneens toe noopte de aandacht te richten op de dood. Uit de in paragraaf 4.2 besproken zelfbehoudsthese vloeit voort dat de eigen dood een extreem negatieve waarderingsgraad moet hebben. Tegen deze achtergrond voegt het weinig toe de aandacht ook te richten op de andere negatieve gevolgen die gepaard kunnen gaan met een dergelijk ongeval.

Het spreekt voor zich dat het vooruitzicht van eigen (zwaar) letsel ook gepaard zou gaan met een zeer negatieve waarderingsgraad. In zeker opzicht laat het veroorzaken van eigen letsel zich beter visualiseren dan de eigen dood. De finaliteit van de dood brengt mee dat het slachtoffer het gevolg niet zelf zal ervaren. Met letsel moet het slachtoffer echter (leren) leven. Een blik op het zogenaamde Smartengeldboek leert dat verkeersongevallen tot vele soorten letsels kunnen leiden.<sup>974</sup> Daarbij kan gedacht worden aan beenfracturen, nekfracturen, hersenletsel, inwendig letsel, blindheid, verminkingen of dwarslaesies. De gevolgen van letsel kunnen zich gedurende lange tijd manifesteren en kunnen zelfs blijvend zijn. De negatieve waardering van letsel blijkt ook uit het strafrecht zelf. Het veroorzaken van zwaar lichamelijk letsel gaat door de bank genomen gepaard met een maximumstraf die de helft lager is dan in het geval de dood intreedt.

Het hoeft geen betoog dat dood en letsel volstrekt verschillende entiteiten betreffen. Dat neemt niet weg dat er ook belangrijke overeenkomsten zijn. In de eerste plaats geldt dat letsel op het causale pad naar de dood ligt. Het verwondert daarom ook niet dat in het strafrecht regelmatig wordt gesproken van ‘dodelijk letsel’.<sup>975</sup> In de tweede plaats geldt dat dood en letsel beide zeer negatief worden gewaardeerd. In de derde plaats is van belang dat het bij ernstige verkeersongevallen vaak moeilijk voorspelbaar is of dood dan wel letsel zal resulteren. Anderzijds laat het zich soms goed voorspellen dát een van beide elkaar uitsluitende gevolgen zich zal voordoen. Aangezien de gevolgen elkaar uitsluiten, hangen de kansen op de onderscheidenlijke gevolgen in

<sup>974</sup> Donkerlo & Lutgert 2017, ‘Smartengeld: uitspraken van de Nederlandse rechter over vergoeding van immateriële schade’.

<sup>975</sup> Zie bijv. zaak 4d (Lees de krant!): HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6631, NJ 2009, 111.

die situatie met elkaar samen. Des te kleiner de kans op de dood is, des te groter is de kans op letsel.<sup>976</sup>

Tegen de achtergrond van de zojuist geschetste overeenkomsten is er alle reden de mogelijkheid van eigen letsel ook bij de argumentatie in verkeerszaken te betrekken. Er valt zelfs wel iets voor te zeggen om letsel – en niet de dood – als de primaire eenheid te beschouwen. In die benadering is *dodelijk* letsel slechts een van de vele verschijningsvormen van letsel. Deze benadering biedt ook de ruimte om sommige vormen van letsel negatiever te waarderen dan de dood.

#### *8.5.4.2.c Beschadiging van de eigen auto*

Een ander negatief gevolg dat gepaard kan gaan met een verkeersongeval is de beschadiging van de eigen auto. Voor veel mensen is de auto een van de kostbaarste goederen die ze in hun bezit hebben. Het is algemeen bekend dat het laten repareren van een beschadigde auto behoorlijk in de papieren kan lopen. Tegen deze achtergrond levert het vooruitzicht van beschadiging van de eigen auto dan ook een serieus motief op om een verkeersongeval te vermijden.

Rechtbank Roermond 23 november 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BB8815 kan in deze sleutel worden geplaatst. In deze zaak stuurde de verdachte zijn nieuwe, dure BMW naar rechts op het moment dat het achterste deel van zijn auto zich nog naast een Audi die hij aan het inhalen was bevond. Als gevolg daarvan raakten de auto's elkaar. Hoewel de rechtbank meent dat de gedragingen naar uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op het aanrijden van de andere auto, spreekt de rechtbank vrij van opzet op de dood en zwaar lichamelijk letsel. De rechtbank neemt daarbij onder meer in aanmerking dat het een feit van algemene bekendheid is dat mensen die – zoals de verdachte – net een nieuwe auto hebben aangeschaft niet licht het risico van beschadiging van hun auto op de koop toenemen.

De rechtbank concludeert dat de verdachte zijn woede en frustratie op de bestuurder van de andere auto heeft willen afreageren door langzaam naar rechts te sturen om zo de andere auto te dwingen tot afremmen. Volgens de rechtbank heeft de verdachte erop gerekend dat zijn manoeuvre goed zou aflopen. De rechtbank acht daarom alleen de meer subsidiair ten laste gelegde overtreding van art. 5 WVV bewezen. De rechtbank legt voor dat feit de maximale hechtenis van twee maand op. Daarnaast legt de rechtbank een ontzegging van de rijbevoegdheid van twee jaar op.

---

<sup>976</sup> In paragraaf 8.5.4.3.d zal ik deze samenhang nader belichten.

*8.5.4.2.d Voortijdige beëindiging van de rit*

De voortijdige beëindiging van de rit is een ander negatief gevolg dat gepaard kan gaan met een verkeersongeval. Mensen die aan het verkeer deelnemen, zijn in de regel op weg naar een bepaalde bestemming. Het veroorzaken van een verkeersongeval kan ertoe leiden dat men niet – of pas veel later – op de plaats van bestemming aankomt. Dat vormt een reden om een verkeersongeval te vermijden. Het moet onmiddellijk worden toegegeven dat dit belang in het niet lijkt te vallen bij het belang niet (dodelijk) gewond te raken of het belang de auto niet te beschadigen. Het verdient echter opmerking dat het bereiken van een bestemming in de regel het motief van het ondernemen van een autorit vormt. Dat motief verdraagt zich slecht met het vooruitzicht dat er een reële kans bestaat op het tegendeel.

In sommige gevallen gaat de voortijdige beëindiging van de rit gepaard met ernstiger gevolgen dan het niet of te laat aankomen op de plaats van bestemming. Bij de analyse van het inrijden op agenten wees ik er reeds op dat de inrijder doorgaans niet gebaat zal zijn bij een aanrijding.<sup>977</sup> Een verkeersongeval dat tot gevolg heeft dat de bestuurder zijn rit moet staken, staat haaks op zijn doel om aanhouding door de politie te voorkomen. Dat betekent dat de bestuurder er dus juist veel belang bij heeft om zijn rit voort te zetten.

*8.5.4.2.e Strafrechtelijke of civielrechtelijke aansprakelijkheid*

Het is algemeen bekend dat een verkeersongeval dat leidt tot de dood van het slachtoffer zeer ernstige juridische consequenties kan hebben. De twee in paragraaf 8.4 besproken zaken vormen daarvan een illustratie. In zaak 5b (Veertig bier) werd zes jaar onvoorwaardelijke gevangenisstraf en tien jaar ontzegging van de rijbevoegdheid opgelegd.<sup>978</sup> Daarnaast werd de door de verdachte bestuurde Mitsubishi Pajero verbeurdverklaard. De toegewezen vordering van de benadeelde partij liep tegen de 10.000 euro. In zaak 5c (Inkeermomenten) werd vijf jaar onvoorwaardelijke gevangenisstraf en tien jaar ontzegging van de rijbevoegdheid opgelegd.<sup>979</sup>

Het is van belang op te merken dat de juridische consequenties die centraal staan in deze paragraaf betrekking hebben op *opzettelijke* levensberoving dan wel een poging daartoe. Verondersteld wordt dat de verdachte de aanmerkelijke kans op de dood van een ander welbewust heeft aanvaard. De in de vorige alinea besproken hoge straffen laten zich dan ook verklaren door deze juridische kwalificatie. Deze kwalificatie is eveneens van belang voor de civielrechtelijke afdoening. Iemand die een verkeersongeval veroorzaakt, kan er normaal gesproken op rekenen dat zijn aansprakelijkheidsverzekering hem beschermt tegen het risico van aansprakelijkheid. De door verzekeraars ge-

---

<sup>977</sup> Zie paragraaf 8.3.3.

<sup>978</sup> HR 17 februari 2004, NJ 2004, 323, ECLI:NL:HR:2004:AN9360.

<sup>979</sup> Hof Arnhem 18 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BC7837.

hanteerde opzetclausule brengt echter mee dat de bestuurder die met doodslagopzet handelt de financiële gevolgen vermoedelijk niet op de verzekeraar kan afwentelen.<sup>980</sup> Dat is in het bijzonder het geval als sprake is van een doelbewuste, tegen een bepaald persoon gerichte geweldshandeling, zoals het geval was in zaak 3c (Kanaal).<sup>981</sup>

De straffen die plegen te worden opgelegd voor een (poging tot) doodslag gaan gepaard met een zeer negatieve waardering. Vrijheidsstraffen, rijontzeggingen en taakstraffen kunnen een bijzonder negatieve impact hebben op het leven van de gestrafte. Dat geldt tot op zekere hoogte ook voor de financiële nadelen die voortvloeien uit een strafrechtelijke of civielrechtelijke aansprakelijkheidsstelling. Het staat in elk geval buiten kijf dat het totale pakket aan mogelijke juridische consequenties een sterk motief oplevert om aansprakelijkheidsstelling te voorkomen.

#### *8.5.4.2.f Veroorzaking van dood of letsel bij geliefden*

De tot nu toe besproken negatieve gevolgen van een ongeval (letsel, schade, beëindiging van de rit en juridische aansprakelijkheid) liggen in dezelfde lijn als het gevolg dat centraal stond in het Porsche-arrest (eigen dood). Het eigenbelang van de verdachte fungeert als aangrijpingspunt. De in deze paragraaf te bespreken gevolgen – het veroorzaken van dood of letsel bij geliefden – zijn altruïstischer van aard. Ik bespreek de these dat het veroorzaken van dood of letsel bij geliefden over het algemeen ook zeer negatief gewaardeerd zou worden. De term ‘geliefden’ wordt hier in ruime zin gebezigd. Het gaat om personen met wie de verdachte een bepaalde relatie heeft, zoals echtgenoten, partners, vrienden en de eigen kinderen. De ‘geliefden’ in deze paragraaf kunnen gecontrasteerd worden met de ‘onbekende anderen’ die centraal staan in de volgende paragraaf.

Het gebeurt regelmatig dat de gedraging van de verdachte ook gevaar oplevert voor personen om wier welzijn hij geacht mag worden zich te bekommeren. In zaak 3b (Remmen) trapte de verdachte vol op zijn rem, terwijl de auto van het slachtoffer zich vlak achter zijn auto bevond.<sup>982</sup> Vlak voor het remmen maande hij zijn naast hem gezeten vriendin om haar gordel om te doen. In zaak 4d (Lees de krant!) reed de verdachte met grote snelheid door rood licht, waardoor zijn auto in botsing kwam met een andere auto.<sup>983</sup> Zijn naast hem gezeten vriendin raakte als gevolg daarvan gewond. Het Hof achtte ook opzet op haar dood bewezen. Hetzelfde deed zich overigens voor in de Porschezaak. Ook daar nam het Hof aan dat het opzet van de verdachte op de dood van zijn naast hem gezeten kameraad was gericht.

---

<sup>980</sup> Zie de rechtspraak die besproken wordt door Frenk 2013, ‘Strafbare feiten en de reikwijdte van de opzetclausule in aansprakelijkheidsverzekeringen’, p. 125-128.

<sup>981</sup> HR 29 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4736, NJ 2010, 117. Zie hierover paragraaf 6.4.

<sup>982</sup> HR 20 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2526, NJ 2004, 214.

<sup>983</sup> HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6631, NJ 2009, 111.

Het Hof in zaak 4d (Lees de krant!) gaf zich expliciet rekenschap van de gevaren voor de vriendin van de verdachte. Het Hof overwoog dat de weergegeven feiten geen andere conclusie toelieten “dan dat verdachte zelfs bereid was zichzelf en zijn vriendin aan dodelijk letsel bloot te stellen”. De Hoge Raad achtte dat niet onbegrijpelijk. Volgens de Hoge Raad had het Hof er met die overweging blijk van gegeven “dat het bij zijn oordeelsvorming omtrent de aanwezigheid van voorwaardelijk opzet de vraag onder ogen heeft gezien of de verdachte (eveneens) op de koop toe heeft genomen dat hij en zijn vriendin het leven zouden verliezen”. De Hoge Raad voegde daar nog aan toe dat daaraan niet afdoet dat de verdachte op het allerlaatste moment nog had geremd.

Het wil mij voorkomen dat het Hof behoorlijk selectief is omgegaan met het bewijsmateriaal. Enerzijds heeft het Hof grote positieve bewijskracht toegekend aan het antwoord op de vóór de rit aan de verdachte gestelde vraag of hij voorzichtig zou rijden: “Nee, dat doe ik niet, je leest het morgen wel in de krant.” Anderzijds kende het Hof weinig negatieve bewijskracht toe aan de door de verdachte uitgevoerde remmanoeuvre. Het Hof overwoog in dat verband: “uit niets blijkt met welke bedoeling de verdachte in de laatste fractie van een seconde voor de botsing heeft geremd nu de verdachte zelf zich van de gehele loop der gebeurtenissen niets zegt te herinneren”.

De conclusie van het Hof dat de verdachte opzet had op zijn eigen dood, de dood van zijn vriendin en een aantal andere personen kon de door de Hoge Raad gehanteerde begrijpelijkheidstoets doorstaan. Dat laat zich verklaren door het feit dat de Hoge Raad alleen pleegt in te grijpen als het feitelijk oordeel (volstrekt) onbegrijpelijk is.<sup>984</sup> Ik laat de vraag of de beslissing van het Hof al dan niet (volstrekt) onbegrijpelijk is hier voor wat zij is en richt de aandacht uitsluitend op het door mij bepleite strengere toetsingscriterium. Het is aldus de vraag of het oordeel van het Hof in overeenstemming is met het in dubio pro reo-beginsel.

Het komt mij voor dat er gegronde redenen zijn te twijfelen aan het oordeel van het Hof. Staat het werkelijk buiten redelijke twijfel dat de in dronkenschap gedane uitspraak van de verdachte een onderkenning is van het feit dat hij een nieuwswaardig, dodelijk ongeluk zou gaan veroorzaken?<sup>985</sup> Noopt het uitvoeren van de remmanoeuvre niet tot twijfel ten aanzien van het op dat moment of op een eerder moment lokaliseren van opzet op de dood van zichzelf, zijn vriendin en anderen? Het antwoord op deze retorisch bedoelde vragen en de in paragraaf 8.4 geventileerde bewijsrechtelijke voetangels die verbonden zijn aan de anterieur-opzetconstructie nopen mij tot de conclusie dat het aannemen van opzet strijd oplevert met het in dubio pro reo-beginsel. Anders dan het Hof meen ik dat de weergegeven feiten wél een andere conclusie toelaten dan dat de verdachte zelfs bereid was zichzelf en zijn vriendin aan dodelijk letsel bloot te stellen.

<sup>984</sup> Zie Van Dorst 2015, ‘Cassatie in strafzaken’, p. 217 over de door de Hoge Raad aangelegde begrijpelijkheidstoets.

<sup>985</sup> Zie paragraaf 6.5.4.

Een vlak na zaak 4d (Lees de krant!) gewezen uitspraak van het Hof Leeuwarden gaat in zekere zin een stap verder.<sup>986</sup> Het Hof neemt namelijk opzet aan op de dood van zijn kinderen wier belangen hij – zij het op gevaarlijke wijze – leek te willen behartigen. In deze zaak wilde de verdachte zijn twee jonge kinderen terughalen, die zich met vijf andere personen in een taxibusje bevonden. De verdachte achtervolgde de taxi met hoge snelheid in zijn auto. De verdachte was gedurende deze achtervolging meermalen ingereeden op het taxibusje en heeft zijn auto op een gegeven moment voor het busje dwars over de weg gezet, zodat de chauffeur van het busje zich genoodzaakt zag over de middenberm en tegen het verkeer in verder te rijden. De rechtbank achtte poging tot moord op de zeven inzittenden bewezen. Het Hof veroordeelde de verdachte echter alleen wegens poging tot doodslag op de zeven inzittenden. Het interessante aan deze zaak is dat de gedragingen van de verdachte in het bijzonder gevaarlijk waren voor zijn twee jonge kinderen, wier belangen hij leek te willen behartigen. In de onderstaande passages staat het Hof stil bij het gevaar voor zijn eigen kinderen:

“Hoewel het hof aannemelijk acht dat het motief van verdachtes handelingen gelegen is geweest in het terughalen van zijn twee kinderen die ook in de personenbus zaten, heeft verdachte gezien zijn handelingen besloten om naar middelen te grijpen die de aanmerkelijke kans in het leven riepen dat de inzittenden van de personenbus om het leven zouden komen. Door zo te handelen kan het niet anders zijn geweest dan dat verdachte de gevolgen van zijn handelingen heeft aanvaard.”<sup>987</sup>

“Verdachte verkeerde op dat moment in een panieksituatie, waarin hij zelfs degenen die hem het meest dierbaar zijn, zijn twee kinderen, heeft blootgesteld aan het risico van de dood.”<sup>988</sup>

Het Hof komt uiteindelijk tot de conclusie dat de verdachte ook voorwaardelijk opzet op de dood van zijn eigen kinderen heeft gehad. Het Hof is klaarblijkelijk van mening geweest dat het motief van de verdachte – het (ongedeerd) terughalen van zijn kinderen – niet op gespannen voet staat met het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans op de dood van deze kinderen. Daar valt naar mijn mening wel wat op af te dingen. De alternatieve hypothese dat de verdachte zich in de panieksituatie onvoldoende rekenschap heeft gegeven van het gevaar voor zijn eigen kinderen, zichzelf en andere personen kan niet redelijkerwijs worden uitgesloten.<sup>989</sup>

---

<sup>986</sup> Hof Leeuwarden 23 maart 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH7435. Zie voor de uitspraak van de rechtbank: rechtbank Assen 1 juli 2008, ECLI:NL:RBASS:2008:BD8042.

<sup>987</sup> Deze passage is opgenomen in de bewijsoverweging.

<sup>988</sup> Deze passage is opgenomen in de strafmotivering.

<sup>989</sup> Deze hypothese is in lijn met de verklaring die de verdachte in eerste aanleg aflegde: “Achteraf gezien had ik het natuurlijk nooit moeten doen. Ik begrijp dat ik de inzittenden van de taxibus in gevaar heb gebracht, ook mijn eigen kinderen. Op dat moment

Tot slot van deze paragraaf bespreek ik een uitspraak waarin de rechtbank het gevaar voor de passagier mede ten grondslag heeft gelegd aan de vrijspraak van doodslag.<sup>990</sup> In deze zaak ondernam de verdachte een inhaalmanoeuvre in strijd met een inhaalverbod, terwijl hij dronken was, zijn rijbewijs ongeldig was verklaard en hij de maximumsnelheid in forse mate overschreed. De auto van de verdachte kwam in botsing met een motorrijder, waardoor de motorrijder is overleden. De rechtbank veroordeelde de verdachte wegens dood door schuld, terwijl sprake is van de strafverzwarende gronden roekeloosheid en intoxicatie. Bij de vrijspraak van opzet op de dood slaat de rechtbank als volgt acht op het Porsche-arrest:

“Naar het oordeel van de rechtbank zijn er in de onderhavige zaak geen aanwijzingen dat het verdachte om het even was dat hijzelf (en zijn [bijrijdster]) ook het leven zou laten bij de door hem ingezette inhaalmanoeuvre. Verdachte reed met zijn auto op een provinciale weg waarop zich geen zwakke verkeersdeelnemers (fietsers/voetgangers) bevinden, zodat hij per definitie ook zichzelf (en zijn passagier) blootstelde aan het gevaar van een dodelijk ongeval bij een dergelijke inhaalmanoeuvre. Uit de verklaring van [bijrijdster] komt het beeld naar voren dat de sfeer in de auto goed was en dat verdachtes rijgedrag ‘normaal’ (niet anders dan op de heenweg) was. Van agressief (of baldadig/suïcidaal) rijgedrag is niet gebleken. Uit verdachtes reactie ná het fatale ongeval (‘waarom heb ik ingehaald’ en ‘godverdomme, ik heb iemand vermoord’) volgt evenmin een aanwijzing dat hij de aanmerkelijke kans dat anderen door zijn gedrag het leven zouden laten desbewust had aanvaard en op de koop had toe genomen, zodat verdachte wordt vrijgesproken van het primair tenlastegelegde.”

De uitspraak berust op de plausibele gedachte dat het niet voor de hand ligt dat de verdachte zijn eigen leven en het leven van zijn bijrijdster in de waagschaal heeft willen stellen. Het is interessant dat de rechtbank niet volstaat met de conclusie dat opzet niet buiten redelijke twijfel staat. De rechtbank lijkt veeleer overtuigd te zijn van de afwezigheid van opzet. Dat vergroot het contrast met andere feitelijke oordelen waarin de levensgevaarlijkheid voor de verdachte en geliefden zelfs geen aanleiding leek te vormen voor een begin van twijfel.

#### *8.5.4.2.g Veroorzaking van dood of letsel bij onbekende anderen*

Deze paragraaf staat in het teken van het vooruitzicht dood of letsel bij onbekende anderen te veroorzaken. De meeste factoren die in de bovenstaande

---

wilde ik echter de taxi tot stoppen dwingen. Nu realiseer ik mij dat het erg gevaarlijk was en dat iedereen erg geschrokken is.”

<sup>990</sup> Rechtbank Den Bosch 1 december 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BG5628. Zie voor de uitspraak van het Hof: Hof Den Bosch 10 juli 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ4909.



paragrafen zijn besproken, zijn te beschouwen als nevengevolgen van het aan de actor verweten doleuze delict.<sup>991</sup> De eigen dood, beschadiging van de eigen auto en strafrechtelijke aansprakelijkheid maken geen deel uit van het opzet-object van doodslag. Een van de twee gevolgen die in deze paragraaf centraal staat – het veroorzaken van de dood – betreft echter juist het gevolg waarop het opzet gericht dient te zijn. Het andere gevolg – het veroorzaken van letsel – is daarmee zeer nauw verbonden.<sup>992</sup> Daarnaast geldt dat het veroorzaken van letsel zelfstandig strafbaar is gesteld in art. 300 Sr (eenvoudige mishandeling) en art. 302 Sr (zware mishandeling). Dat betekent dat opzet op het veroorzaken van (zwaar) lichamelijk letsel ook strafrechtelijke relevantie heeft.<sup>993</sup>

Deze paragraaf is gewijd aan de these dat mensen het vooruitzicht dat een ander mens door hun toedoen de dood vindt of gewond raakt over het algemeen zeer negatief zouden waarderen. In het Porsche-arrest fungeert het eigenbelang van de verdachte als aangrijpingspunt: het gaat om de negatieve waardering van de eigen dood. De these die centraal staat in deze paragraaf heeft daarentegen een altruïstische grondslag. De assumptie is dat het doden of verwonden van een ander mens op zichzelf beschouwd – los van nevengevolgen die het eigenbelang raken – zeer negatief gewaardeerd wordt.

In de Duitse doctrine bestaat er zelfs een speciale regel – of theorie – die deze assumptie tot uitdrukking brengt ten aanzien van het veroorzaken van de dood. De zogenaamde *Hemmschwellentheorie* houdt in dat een hoge psychologische drempel bestaat voor wat betreft het doden van een medemens.<sup>994</sup> Het onomkeerbare karakter van de dood zorgt ervoor dat een zeer hoge weerstand overwonnen moet worden. In een in 2010 gewezen uitspraak overwoog het Bundesgerichtshof het volgende in verband met de *Hemmschwellentheorie*:

“Zwar liegt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit des Todes des Tatopfers rechnet und auch einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt. Wegen der hohen Hemmschwelle gegenüber einer Tötung ist jedoch auch immer die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkannt oder jedenfalls darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten. (...) Der Tatrichter muss deshalb in seine Erwägungen

---

<sup>991</sup> Dat geldt niet zonder meer voor het veroorzaken van de dood van geliefden. In sommige zaken heeft het bewezen verklaarde opzet juist (mede) betrekking op de dood van geliefden.

<sup>992</sup> Zie paragraaf 8.5.4.2.b en 8.5.4.3.d over dit verband.

<sup>993</sup> Het verdient opmerking dat poging tot eenvoudige mishandeling niet strafbaar is (art. 300 lid 5 Sr). De enkel op eenvoudige mishandeling gerichte geestesgesteldheid is dus alleen relevant voor zover er een gevolg is ingetreden.

<sup>994</sup> Vgl. Rissing-Van Saan 2011, ‘Der bedingte Tötungsvorsatz und die Hemmschwellentheorie des Bundesgerichtshofs’; Blomsma 2012, ‘*Mens rea* and defences in European criminal law’, p. 120-134 en 151-152; en Goeckenjan 2015, ‘Serious traffic offences: the German perspective’, p. 99-102.

alle Umstände einbeziehen, die einem solchen Ergebnis entgegenstehen können (...).<sup>995</sup>

Volgens deze uitspraak dient de feitenrechter ook bij uiterst gevaarlijke gedragingen de mogelijkheid onder ogen te zien dat de verdachte het gevaar ten aanzien van de dood niet onderkend heeft of dat hij erop vertrouwd heeft dat de dood zich niet zou realiseren. Het Bundesgerichtshof heeft de waarde van de *Hemmschwellentheorie* in een in 2012 gewezen uitspraak evenwel gerelativeerd.<sup>996</sup> In deze uitspraak wordt de argumentatieve kracht van de theorie ernstig in twijfel getrokken.

De zojuist genoemde uitspraak moet begrepen worden tegen de achtergrond van de kritiek die in de literatuur op de *Hemmschwellentheorie* is uitgeoefend.<sup>997</sup> Voor zover de theorie tot gevolg had dat de feitenrechter de verdachte te snel het voordeel van de twijfel gaf, valt de uitspraak te billijken. Een en ander neemt niet weg dat de *Hemmschwellentheorie* naar mijn mening appelleert aan een uiterst plausibele intuïtie. Mensen zullen het vooruitzicht dat een medemens door hun toedoen van het leven wordt beroofd over het algemeen zeer negatief waarderen. Hetzelfde geldt – zij het in mindere mate – voor het vooruitzicht een medemens (zwaar) te verwonden.

De vraag kan opgeworpen worden of deze morele assumptie niet te sterk gebaseerd is op mijn eigen normen- en waardenpatroon of dat van een redelijk denkend strafrechtjurist.<sup>998</sup> Ik meen dat dat niet het geval is. Het hoeft uiteraard geen betoog dat niet iedereen behept is met dezelfde morele inhibities. De bestuurders aan wie doodslagopzet is toegeschreven, zijn geen lieverdjes: ze hebben zich stuk voor stuk op zeer afkeurenswaardige wijze gedragen. Gedragingen als het met extreme snelheid rijden (zaak 2c: Dodge Ram), het remmen terwijl een achterligger zich vlak achter de auto bevindt (zaak 3b: Remmen) of het hevig geïntoxiceerd rijden (zaak 5c: Inkeermomenten) laten zien dat de bestuurders zich weinig gelegen laten liggen aan het welzijn van anderen. Die inferentie kan gemaakt worden zonder de geestesgesteldheid van de bestuurder daarbij te betrekken. Óók indien de bestuurders de eventuele gevolgen niet in overweging hebben genomen, kan de bestuurders een ernstig verwijt gemaakt worden.<sup>999</sup>

<sup>995</sup> Bundesgerichtshof 2 februari 2010, NStZ 2010, 511.

<sup>996</sup> Bundesgerichtshof 22 maart 2012, NStZ 2012, 384. Zie hierover Puppe 2012, 'Zur "Hemmschwellentheorie" bei Tötungsdelikten: BGH, Urt. v. 22. 3. 2012 – 4 StR 558/11' en Fahl 2013, 'Das Ende der Hemmschwellentheorie – Ein Nachruf'.

<sup>997</sup> Vgl. Postma 2014, 'Opzet en toerekening bij medeplegen', p. 132-135.

<sup>998</sup> Dit zou in verband kunnen worden gebracht met het zogenaamde 'false consensus effect': mensen gaan er te snel van uit dat hun eigen opvattingen, preferenties en waarden eveneens aanwezig zijn bij andere mensen. Vgl. Ross, Greene & House 1977, 'The "false consensus effect": an egocentric bias in social perception and attribution processes'.

<sup>999</sup> Het verdient opmerking dat de Hoge Raad het begrip roekeloosheid ook uitstrekt tot gevallen waarin geen sprake is van bewustheid. In HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:962 overweegt de Hoge Raad het volgende: "Om tot het oordeel te kunnen komen dat in een concreet geval sprake is van roekeloosheid (...) zal de rechter zodanige

Indien het primair op de gedragingen gebaseerde verwijt echter gepaard wordt aan doodslagopzet, dan is sprake van een extreme mate van morele verderfelijkheid. Dat is helemaal het geval indien – zoals zich regelmatig voordoet – de aan het gedrag verbonden positieve gevolgen van weinig gewicht lijken te zijn. De attributie van opzet veronderstelt dat de bestuurders een extreem moreel verderfelijke afweging hebben gemaakt. Hieronder geef ik drie voorbeelden ter illustratie van het type psychische afweging dat vereist is om de attributie van doodslagopzet in de gegeven omstandigheden te rechtvaardigen:

Zaak 2c (Dodge Ram): ‘Ik vind het zo gaaf om met grote snelheid te rijden dat ik de aanmerkelijke kans dat een of meer medeweggebruikers zullen sterven graag voor lief neem.’<sup>1000</sup>

Zaak 3b (Remmen): ‘Mijn behoefte de bestuurder van de achterligger een lesje te leren door op de rem te gaan staan, is zo groot dat ik de aanmerkelijke kans op zijn dood graag op de koop toeneem.’<sup>1001</sup>

Zaak 5c (Inkeermomenten): ‘Ik neem liever de aanmerkelijke kans dat mijn dronken rit het leven van een dorpsgenoot beëindigt dan dat ik in plaats daarvan naar huis loop.’<sup>1002</sup>

De abstracte juridische terminologie waarmee voorwaardelijk opzet aan de verdachte pleegt te worden toegeschreven, ontnemt het zicht op het verwijt dat de verdachte in wezen wordt gemaakt. De bovenstaande fictieve afwegingen beogen te illustreren dat de attributie van opzet veronderstelt dat de bestuurders een extreem lage psychologische drempel hebben ten aanzien van het doden van een medemens. Men zou kunnen spreken van een soort omgekeerde *Hemmschwelle*. Zelfs triviale motieven als het hard willen rijden, het iemand een lesje willen leren of het geen zin hebben naar huis te lopen, wegen kennelijk zwaarder dan de aanmerkelijke kans op het eigenhandig ombrengen van een medemens. De extreme morele verderfelijkheid die gepaard gaat met opzet onder deze omstandigheden roept de vraag op of het bewijs van opzet wel buiten redelijke twijfel staat. Is de hypothese dat de verdachte de aanmerkelijke kans op de dood van een medemens *niet* onder ogen heeft gezien werkelijk zo onwaarschijnlijk dat het in dubio pro reo-beginsel buiten beeld blijft? Een ontkennend antwoord zou uiteraard moeten leiden tot een vrijspraak. Zoals reeds eerder is uiteengezet, impliceert het vrijspreken van opzet geenszins dat de verdachte geen zwaar verwijt wordt gemaakt.

---

feiten en omstandigheden moeten vaststellen dat daaruit is af te leiden dat door de buitengewoon onvoorzichtige gedraging van de verdachte een zeer ernstig gevaar in het leven is geroepen, alsmede dat de verdachte zich daarvan bewust was, *althans had moeten zijn*.” Mijn cursivering.

<sup>1000</sup> Rechtbank Rotterdam 16 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN7279.

<sup>1001</sup> HR 20 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2526, NJ 2004, 214.

<sup>1002</sup> Hof Arnhem 18 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BC7837.

Hoewel bestuurders die veroordeeld worden wegens (poging tot) doodslag in het verkeer zwaar gestraft worden, is de straf aan de lage kant als de met opzet gepaard gaande morele verderfelijkheid in acht zou worden genomen. Verdient iemand die een aanzienlijk risico op het doden van een medemens in het niet vindt vallen bij het nut dat hij ontleent aan hard rijden of dronken rijden niet een straf in de buurt van de maximumstraf? Dicteert speciale preventie niet dat iemand die het leven van anderen minder belangrijk vindt dan triviale geneugten die zich ook in de toekomst frequent zullen manifesteren, voor lange tijd achter slot en grendel verdwijnt? Het feit dat in de regel straffen worden opgelegd die ook zouden kunnen worden opgelegd voor dood door schuld geeft tegen deze achtergrond te denken. Het is de vraag of de rechters die opzet toeschrijven zich wel afdoende realiseren welk verwijt de verdachte in wezen wordt gemaakt.

#### *8.5.4.3 De beperkte waarde van het ongelijke-risicoargument*

##### *8.5.4.3.a Inleiding*

In paragraaf 6.3.3 heb ik uitgebreid stilgestaan bij het zwakke-verkeersdeelnemerargument. Het argument berust op de gedachte dat bepaalde gedragingen minder gevaar voor de verdachte opleveren dan voor het als zwakke verkeersdeelnemer te bestempelen (potentiële) slachtoffer. Het aannemen van opzet op de dood van een ander noopt dan minder snel tot de contra-intuïtieve inferentie dat de verdachte ook opzet op zijn eigen dood moet hebben gehad. Ik geef er de voorkeur aan het argument te omschrijven in termen van een ongelijk risico, omdat deze terminologie een breder toepassingsbereik heeft.

In deze paragraaf zal ik betogen dat het ongelijke-risicoargument in veel gevallen slechts een beperkte waarde heeft. In paragraaf 8.5.4.3.b zet ik uiteen dat het botsobject niet maatgevend is in gevallen waarin opzet anterior wordt gelokaliseerd. In paragraaf 8.5.4.3.c ga ik in op de verhouding tussen opzet en de kans op de eigen dood. Ik zal betogen dat een minder dan aanmerkelijke kans op de dood nog steeds gepaard gaat met een zeer hoge onwenselijkheid. Paragraaf 8.5.4.3.d is gewijd aan de verhouding tussen opzet en andere negatieve gevolgen. Ik tracht aannemelijk te maken dat de kansen op andere negatieve gevolgen regelmatig groter zijn dan de voor opzet vereiste aanmerkelijke kans op de dood van een ander.

##### *8.5.4.3.b De beperkte waarde van het botsobject bij anterior opzet*

Het ongelijke-risicoargument heeft de meeste overtuigingskracht als het toegepast wordt in klassieke opzetconstructies, waarin opzet aanwezig moet zijn tijdens of vlak voor het incident in kwestie. Als het (potentiële) botsobject van een auto een voetganger of een fietser betreft, dan staat de zelfbehoudsthe

niet snel in de weg aan het aannemen van opzet. De bewustheid van de mogelijkheid van een botsing noopt immers niet tot de contra-intuïtieve inferentie dat de actor ook opzet op zijn eigen dood moet hebben gehad. Zaak 3a (Inrijden op agent) vormt daarvan een goede illustratie.<sup>1003</sup>

Het ongelijke-risicoargument heeft echter minder overtuigingskracht als het niet of niet alleen gaat om de geestesgesteldheid tijdens of vlak voor het incident in kwestie. Zaak 2a/5b (Veertig bier) vormt daarvan een voorbeeld.<sup>1004</sup> In deze zaak maakte het Hof gebruik van de in paragraaf 6.6 besproken anterieur-opzetconstructie. In de volgende passage appelleert het Hof aan het zwakke-verkeersdeelnemerargument:

“Het gaat hier om een gewelddadige confrontatie van een ‘sterke’ verkeersdeelnemer, te weten de verdachte rijdend in zijn zware bedrijfsauto van meer dan tweeduizend kilogram, met een ‘zwakke’ verkeersdeelnemer, te weten het fietsende slachtoffer. In deze situatie kan niet gezegd worden dat verdachte door zijn handelen (tevens) willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat ook hijzelf als gevolg van de aanrijding met de fietser het leven zou laten.”

Op zichzelf beschouwd is het juist dat deze botsing substantieel minder gevaar opleverde voor de verdachte dan voor de fietser. Bedacht moet echter worden dat het Hof het opzet van de verdachte op een eerder moment heeft gelokaliseerd. Volgens het Hof is het de verdachte om het even geweest “of hij op de bewuste avond (...) zwakke verkeersdeelnemers, zoals [het slachtoffer]” zou aanrijden. Daarbij komt dat het Hof expliciet overweegt dat moet worden aangenomen dat de bestuurder het slachtoffer in het geheel niet heeft gezien.

Als het voorzien hebben van het incident in kwestie geen voorwaarde is voor het aannemen van opzet, dan levert het botsobject minder informatie op met betrekking tot het door de verdachte voorziene gevaar. Het door de raadsman in hoger beroep gevoerde verweer kan in die sleutel worden geplaatst. De raadsman betoogde dat de verdachte evengoed tegen een massief object als een tegemoetkomend voertuig, een boom of een gebouw had kunnen aanrijden.<sup>1005</sup> De raadsman wijst er terecht op dat het botsobject in kwestie niet maatgevend geacht kan worden voor het risico dat de verdachte gedurende de rit heeft gelopen. De verdachte had ook betrokken kunnen raken bij een botsing die veel gevaarlijker voor hem was. Dat betekent dat de aan het Porsche-arrest ten grondslag liggende zelfbehoudsthese wel degelijk van toepassing is op deze situatie.

Het Hof meet met twee maten. Enerzijds wordt bij het bewijs van opzet geabstraheerd van de fietser, die de verdachte niet heeft gezien. Anderzijds wordt bij het ontkrachten van het tegen het bewijs van opzet pleitende argument uit het Porsche-arrest juist wel aansluiting gezocht bij de botsing met de

---

<sup>1003</sup> HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475.

<sup>1004</sup> HR 17 februari 2004, NJ 2004, 323, ECLI:NL:HR:2004:AN9360.

<sup>1005</sup> Zie de toelichting op het cassatiemiddel in HR 17 februari 2004, NJ 2004, 323.

fietser. Deze tweeslachtigheid valt ook te ontwaren in andere gevallen waarin de anterior-opzetconstructie is toegepast.<sup>1006</sup> Het selectieve argumentatiepatroon komt het vertrouwen dat het bewijs van opzet buiten redelijke twijfel staat niet ten goede.

#### *8.5.4.3.c De verhouding tussen doodslagopzet en de kans op de eigen dood*

Het ongelijke-risicoargument is bedoeld om de bewijsrechtelijke regel uit het Porsche-arrest te neutraliseren. Het aannemen van opzet op de dood van een ander noopt in dat geval niet tot de contra-intuïtieve inferentie dat de verdachte ook opzet op zijn eigen dood moet hebben gehad. Het is echter de vraag of de enkele vaststelling van ongelijkheid volstaat om de hulpregel buiten werking te stellen. De met opzet op de dood van een ander verbonden kans op de eigen dood kan namelijk nog steeds zodanig groot zijn dat sprake is van een zeer hoge onwenselijkheid.

De drie voorbeeldzaken die centraal stonden in de aan de ongelijkheid van risico's gewijde paragraaf 6.3 kunnen als illustratie dienen. In zaak 2a/5b (Veertig bier) had de verdachte na het raken van een stoeprand ook een dodelijke botsing kunnen krijgen met een boom of een tegenligger.<sup>1007</sup> In de vorige paragraaf is reeds betoogd dat hetzelfde geldt als de gehele rit als uitgangspunt wordt genomen. In zaak 2c (Dodge Ram) had de botsing op hoge snelheid met de door de rechtbank als zwakke verkeersdeelnemer neergezette Ford Focus ook dodelijk voor de in een Dodge Ram gezeten verdachte kunnen aflopen.<sup>1008</sup> In zaak 2b (Laadbak) was de verdachte met hoge snelheid tegen twee bomen aangereden, terwijl zich iemand in de laadbak bevond.<sup>1009</sup> De rechtbank contrasteert de kwetsbaarheid van het slachtoffer met de verdachte als bestuurder, die zich volgens de rechtbank veilig en onkwetsbaar kon menen in het voertuig. De rechtbank laat zich niet uit over de gevolgen voor de verdachte, maar in de krant wordt vermeld dat de verdachte na het ongeval wekenlang in een coma heeft gelegen.<sup>1010</sup> Ook in dit geval had de verdachte het ongeval naar het schijnt met de dood kunnen bekopen.

In alle drie zaken kan gesteld worden dat de kans op de dood van een ander gegeven het ongeval in kwestie groter is dan de kans op de dood van de verdachte. Deze constatering neutraliseert de bewijsrechtelijke regel uit het Porsche-arrest echter slechts tot op zekere hoogte. Het aannemen van opzet op de dood van een ander noopt weliswaar niet direct tot de contra-intuïtieve inferentie dat de verdachte ook opzet op zijn eigen dood moet hebben gehad, maar de aan het ongeval verbonden gevaren dienen echter niet gebagatelli-

<sup>1006</sup> Zie ook paragraaf 8.4.6.5.

<sup>1007</sup> Zie het betoog van de raadsman in hoger beroep dat is geciteerd in de toelichting op het cassatiemiddel in HR 17 februari 2004, NJ 2004, 323.

<sup>1008</sup> Rechtbank Rotterdam 16 september 2010, ECLI:NL:RBR0T:2010:BN7279.

<sup>1009</sup> Rechtbank Den Bosch 6 juni 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AT7532.

<sup>1010</sup> Zie onder meer Soeteman 2005, 'Vijf jaar celstraf voor mysterieuze dodenrit bijrijder'.

seerd te worden. De kans op de dood is nog dermate groot dat het een sterk motief zou opleveren om een dergelijke botsing te vermijden.

Het verdient opmerking dat mijn in hoofdstuk 4 gegeven duiding van het Porsche-arrest reeds berust op de gedachte dat de verdachte minder risico liep dan de inzittenden van de Volvo 340 DL waarmee de zwaardere, op snelheid gebouwde Porsche 928s in botsing kwam.<sup>1011</sup> De Hoge Raad koppelt de aanmerkelijke kans op de dood van anderen aan de aanmerkelijke kans op de eigen dood. In mijn duiding van de Porschezaak wordt de aanmerkelijke kans op de dood van anderen in verband gebracht met een 'beduidende kans' dat de verdachte zelf zal overlijden. Deze term beoogt uit te drukken dat de kansgrootte weliswaar lager zou kunnen zijn dan de als 'aanmerkelijk' bestempelde kans op de dood van een ander, maar dat het minst genomen gaat om een serieus te nemen kans.

#### *8.5.4.3.d De verhouding tussen doodslagopzet en andere negatieve gevolgen*

##### *Inleiding*

Het ongelijke-risicoargument is toegespitst op het Porsche-arrest. Het argument bestrijdt de samenhang tussen de voor opzet vereiste kans op de dood van een ander en de kans op het veroorzaken van de eigen dood. Het verdient echter opmerking dat de overige in paragraaf 8.5.4.2 geschetste negatieve gevolgen veelal op andere wijze samenhangen met de voor doodslagopzet vereiste kans. De verhouding laat zich niet in algemene zin beschrijven. De individuele kansen op andere negatieve gevolgen dan de eigen dood zijn in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In de volgende paragrafen zal ik de aandacht vestigen op een aantal plausibele connecties tussen de diverse relevante kansen. Aangezien kansgroottes (althans de verbinding daartussen) hier centraal staan, zijn de negatieve gevolgen soms op andere wijze gegroepeerd dan eerder het geval was.

##### *Veroorzaking van eigen letsel*

De aanmerkelijke kans op de dood van een ander wordt in de regel opgehangen aan een verkeersongeval waarbij de verdachte ook zelf betrokken zal zijn. In paragraaf 8.5.4.3.c bleek dat de aard van het verkeersongeval kan meebrengen dat de kans op de dood van de verdachte kleiner is dan de kans op de dood van een ander. Het kan zich echter goed voordoen dat de kans op het veroorzaken van eigen letsel *groter* is dan de kans op het veroorzaken van de dood van een ander. Een verkeersongeval dat zo ernstig is dat een aanmerkelijke kans op de dood van een ander bestaat, gaat vaak eveneens gepaard met een zeer grote kans op het intreden van al dan niet dodelijk letsel van de be-

---

<sup>1011</sup> Zie paragraaf 4.3.

stuurder. Aangezien dodelijk letsel en niet-dodelijk letsel elkaar uitsluiten, hangen de kansen in die situatie met elkaar samen. Des te kleiner de kans op de dood is, des te groter is de kans op letsel.

Hoewel niet-dodelijk letsel vermoedelijk minder negatief gewaardeerd wordt dan de eigen dood, brengt de grotere subjectieve kans op het plaatsvinden van niet-dodelijk letsel volgens de kansintegratietheorie mee dat de negatieve wenselijkheidsgraad bijzonder hoog blijft. Stel dat het vooruitzicht van de eigen dood een waarderingsgraad van  $-80$  heeft, terwijl het vooruitzicht zelf (zwaar) gewond te raken op  $-40$  wordt gesteld. Een overtuigingsgraad van 50 procent ten aanzien van het (zwaar) gewond raken als gevolg van een verkeersongeval heeft dan een negatievere wenselijkheidsgraad ( $\Pi = 0,50 \times -40 = -20$ ) dan een overtuigingsgraad van 20 procent ten aanzien van het veroorzaken van de eigen dood ( $\Pi = 0,20 \times -80 = -16$ ). Dat betekent dat de kans (zwaar) gewond te raken in dit geval meer tegenmotiverende kracht heeft dan de kans de dood te vinden.

### *Veroorzaking van dood of letsel bij geliefden en onbekende anderen*

Opzet is in de meeste gevallen betrokken op de dood van *onbekende anderen*. De voor opzet vereiste bewustheid van een aanmerkelijke kans op de dood van een ander is dan rechtstreeks betrokken op de negatieve waardering die eventueel met het doden van onbekende anderen gepaard gaat.

In sommige zaken is het opzet van de verdachte (mede) expliciet betrokken op de dood van *geliefden* in de ruime betekenis van het woord. Daarbij kan gedacht worden aan het Porsche-arrest, zaak 4d (Lees de krant!) en de zaak waarin de verdachte zijn twee jonge kinderen uit een door hem achtervolgd taxibusje wilde halen.<sup>1012</sup> De voor opzet vereiste bewustheid van een aanmerkelijke kans op de dood van een ander is dan rechtstreeks betrokken op de negatieve waardering die met het doden van geliefden gepaard gaat. In gevallen waarin het opzet niet betrokken is op de dood van de geliefde, is de kans op de dood van de geliefde vaak kleiner dan de kans op de dood van een ander. Zaak 3b (Remmen) vormt daarvan een voorbeeld.<sup>1013</sup> Aangenomen mag worden dat de kans op de dood van de geliefde min of meer correspondeert met de kans op de eigen dood.

Voor wat betreft de kans op het veroorzaken van *letsel* bij geliefden dan wel onbekende anderen zij verwezen naar hetgeen is opgemerkt ten aanzien van het veroorzaken van eigen letsel. Het kan zich goed voordoen dat de kans op het veroorzaken van letsel behoorlijk groot is. Daarbij is van belang dat de kans op de dood en de kans op letsel vaak communicerende vaten zijn. Des te kleiner de kans op de dood is, des te groter is de kans op letsel.

<sup>1012</sup> Zie paragraaf 8.5.4.2.f.

<sup>1013</sup> HR 20 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2526, NJ 2004, 214.



### *Strafrechtelijke of civielrechtelijke aansprakelijkheid*

Strafrechtelijke of civielrechtelijke aansprakelijkheid vereist niet dat een ander als gevolg van een verkeersongeval van het leven is beroofd. Het veroorzaken van letsel, schade of gevaar op de weg kan volstaan om juridische aansprakelijkheid te vestigen. Een verkeersongeval dat 'slechts' gepaard gaat met een aanmerkelijke kans op de dood van een ander, kan dus heel goed samen gaan met een grotere kans op het intreden van juridische aansprakelijkheid.

Daarbij moet aangetekend worden dat niet ieder verkeersongeval waarbij de vereisten van juridische aansprakelijkheid zijn vervuld daadwerkelijk tot aansprakelijkheidsstelling leidt. Als de verdachte na het veroorzaken van een verkeersongeval de plaats van het ongeval verlaat, dan bestaat de kans dat hij de dans ontspringt. Het verdient opmerking dat het verlaten van de plaats van het ongeval ook een zelfstandig misdrijf oplevert (art. 7 WVV). Dat betekent dat de juridische consequenties indien de verdachte alsnog in de kraag gevat wordt een ingrijpender karakter kunnen hebben.

### *Beschadiging van de eigen auto*

Een verkeersongeval dat gepaard gaat met de aanmerkelijke kans op de dood van een ander zal in de regel ook gepaard gaan met een substantiële kans op het veroorzaken van niet-dodelijk letsel. Het laat zich nauwelijks denken dat het veroorzaken van dodelijk of niet-dodelijk letsel niet leidt tot beschadiging van de auto van de verdachte. Dat brengt mee dat een verkeersongeval dat gepaard gaat met de aanmerkelijke kans op de dood van een ander vermoedelijk vergezeld gaat van een *meer dan aanmerkelijke kans* op beschadiging van de eigen auto. Ook als de kans op de dood zich niet realiseert, kan de auto immers beschadigd raken als gevolg van een letselongeval.

### *Voortijdige beëindiging van de rit*

De kans dat een verkeersongeval leidt tot de voortijdige beëindiging van de rit hangt in de eerste plaats samen met de kans op beschadiging van de auto. Des te ernstiger de schade is, des te groter is de kans dat de auto niet meer verder kan rijden.

De kans op voortijdige beëindiging van de rit hangt in de tweede plaats af van de kans op het intreden van (dodelijk) letsel bij de bestuurder zelf. Dat de bestuurder niet verder kan rijden als hij dood is, spreekt vanzelf. Maar ook het intreden van letsel kan ervoor zorgen dat de bestuurder zijn rit niet kan voortzetten.

De vorige twee factoren hebben betrekking op de omstandigheid dat de bestuurder niet verder kan rijden. Het laat zich echter ook denken dat de bestuurder na een verkeersongeval wel verder *kan* rijden, maar dat hij niet *verder wil* rijden. De wil van de bestuurder is daarmee de derde factor die kan

leiden tot voortijdige beëindiging van de rit als gevolg van een verkeersongeval.

Het gaat hier uiteindelijk om de vraag wat de kans op voortijdige beëindiging van de rit is, gegeven het feit dat er een aanmerkelijke kans op de dood van een ander bestaat. De drie bovengenoemde factoren zorgen ervoor dat vermoedelijk sprake zal zijn van een meer dan aanmerkelijke kans op voortijdige beëindiging van de rit. Beschadiging van de auto, (dodelijk) letsel bij de bestuurder en de onwil verder te rijden kunnen alle ten grondslag liggen aan het beëindigen van een rit na een ongeval.

#### *8.5.4.4 Een breder toepassingsbereik van de Porschedoctrine*

##### *8.5.4.4.a Inleiding*

In de voorgaande twee paragrafen heb ik een abstracte analyse gegeven van andere negatieve gevolgen dan de eigen dood (paragraaf 8.5.4.2) en de aan bepaalde negatieve gevolgen verbonden kansen (paragraaf 8.5.4.3). In de onderhavige paragraaf zal ik aan de hand van een voorbeeldzaak stapsgewijs uiteenzetten hoe een breder toepassingsbereik aan de Porschedoctrine kan worden toegekend. Ik zal de voorbeeldzaak analyseren in het raamwerk van de kansintegratietheorie. De analyse heeft ten doel een blauwdruk op te leveren voor de analyse van andere zaken. De redenering die in deze paragraaf wordt ontvouwen kan – mutatis mutandis – worden geëxtrapoleerd naar veel van de zaken waarin veroordeeld is wegens (poging tot) doodslag in het verkeer.

De paragraaf is als volgt opgebouwd. In paragraaf 8.5.4.4.b beschrijf ik de te analyseren voorbeeldzaak. In paragraaf 8.5.4.4.c worden de fundamenteën gelegd voor de analyse van de voorbeeldzaak. Die paragraaf staat in het teken van een rationele reconstructie van de geestesgesteldheid van de verdachte op basis van de kansintegratietheorie. Paragraaf 8.5.4.4.d bouwt voort op de rationele reconstructie. De vraag wordt onderzocht tot welke uitkomst een globalere reconstructie van de geestesgesteldheid zou leiden. In paragraaf 8.5.4.4.e wordt vervolgens uiteengezet waarom de reconstructies nopen tot de conclusie dat opzet niet kan worden bewezen. In paragraaf 8.5.4.4.f benader ik het vraagstuk van de andere kant. Wat is vereist om een reconstructie te bewerkstelligen die wél noopt tot het aannemen van opzet? Ik zal betogen dat een dergelijke reconstructie strijd oplevert met het in dubio pro reo-beginsel. In paragraaf 8.5.4.4.g benadruk ik nogmaals dat de analyse van de voorbeeldzaak geëxtrapoleerd kan worden naar andere zaken.

8.5.4.4.b Zaak 3b (Remmen)

In deze zaak trapte de verdachte vol op zijn rem, terwijl de auto van het slachtoffer zich vlak achter zijn auto bevond.<sup>1014</sup> De verdachte verklaarde later dat de afstand hooguit twee meter bedroeg. De bestuurder van de achterligger kwam te overlijden, omdat hij als gevolg van een uitwijkmanoeuvre tegen een boom aanbotste. Het Hof veroordeelde de verdachte voor doodslag en legde zestien maand onvoorwaardelijke gevangenisstraf en vier jaar ontzegging van de rijbevoegdheid op. Het Hof overwoog het volgende ten aanzien van de be-  
wezenverklaring:

“Verdachte reed met een rode Volkswagen Golf over de Provinciale weg N 237 die ter plaatse uit twee rijstroken bestaat met bomen langs de weg. Hij had een grijze Ford Fiesta ingehaald. De bestuurder van deze auto (...) is vlak achter verdachte gaan rijden (bumperkleven). Deze [slachtoffer] heeft getracht verdachte weer in te halen, maar dit lukte niet omdat verdachte zijn snelheid verhoogde, althans geen gas terugnam. Beiden reden op een gegeven moment met een snelheid van meer dan 100 km per uur vlak achter elkaar, terwijl de ter plaatse geldende maximumsnelheid 80 km per uur bedraagt. Nadat verdachte aan zijn vriendin, die naast hem zat, gezegd had: ‘Ik denk dat ik zo meteen op mijn rem moet gaan staan, doe je gordel maar om’, heeft hij – zonder enige aanvaardbare aanleiding of grond – hard geremd. Zodanig hard dat een omwonende op een afstand van circa 250 meter zeer hard piepende banden hoorde boven het geluid van de bosmachine, waarmee hij aan het werk was. Op de weg is een remblokkeerspoor aangetroffen van ongeveer 9 meter lang.

Door deze remmanoeuvre was het slachtoffer genoodzaakt uit te wijken waarbij hij van de weg is geraakt en tegen een boom gereden. Als gevolg van deze aanrijding is hij ter plaatse overleden.

Uit de voormelde omstandigheden en de aard van de handeling van verdachte, die voor zijn achterligger een levensgevaarlijke situatie creëerde, leidt het hof af, mede gelet op de algemene ervaringsregels, dat verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat door zijn onverhoedse en tegen zijn achterligger gerichte remmanoeuvre, de laatste dodelijk verongelukte.”

Het cassatiemiddel stelt dat het Hof niet tot een bewezenverklaring heeft kunnen komen, omdat de verdachte door zijn handelwijze ook zelf aanmerkelijk levensgevaar had gelopen. De Hoge Raad verwerpt het middel als volgt:

“In aanmerking genomen dat, naar het Hof heeft vastgesteld, de verdachte – toen de door [het slachtoffer] bestuurde auto op zeer korte afstand achter zijn, verdachtes, auto reed op een tweebaansweg waarlangs bomen stonden, terwijl beide auto’s een snelheid hadden van meer dan 100 km per uur – zich bewust van die situatie hard en onverhoeds heeft geremd, welke gedraging

---

<sup>1014</sup> HR 20 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2526, NJ 2004, 214. Zie paragraaf 6.4.

geëigend was [het slachtoffer] in ernstig gevaar te brengen, geeft het oordeel van het Hof dat de verdachte, aldus en onder die omstandigheden handelend, zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat [het slachtoffer] zou verongelukken en dat derhalve het opzet van de verdachte in de zin van voorwaardelijk opzet op de dood van [het slachtoffer] was gericht, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het evenmin onbegrijpelijk. De bewezenverklaring is derhalve ook voor wat betreft het bewezenverklaarde opzet voldoende met redenen omkleed.”

#### *8.5.4.4.c Een rationele reconstructie van de geestesgesteldheid*

##### *Inleiding*

Deze paragraaf staat in het teken van een rationele reconstructie van de geestesgesteldheid van de verdachte in zaak 3b (Remmen). De basis voor deze reconstructie is gelegd in paragraaf 8.5.4.2 en 8.5.4.3. In de eerstgenoemde paragraaf is uiteengezet dat de eigen dood slechts een van de vele negatieve gevolgen is die gepaard kunnen gaan met een ongeval. De laatstgenoemde paragraaf stond in het teken van de aan deze negatieve gevolgen verbonden kansen. Hier kwam onder meer aan de orde dat de kansen op de andere negatieve gevolgen verhoudingsgewijs groot kunnen zijn en dat een minder dan aanmerkelijke kans op de eigen dood nog steeds bijzonder onwenselijk is.

In paragraaf 8.5.4.2 en 8.5.4.3 zijn de negatieve gevolgen en de daaraan verbonden kansen zo veel mogelijk afzonderlijk besproken. De onderhavige paragraaf staat in een tweetal opzichten in het teken van integratie. In de eerste plaats worden de relevante negatieve gevolgen van de voorbeeldzaak met elkaar gecombineerd. In de tweede plaats worden de afzonderlijke gevolgen en de daarop betrekking hebbende subjectieve kansen met elkaar gecombineerd. Beide integraties vinden plaats in het raamwerk van de kansintegratietheorie.

Het verdient opmerking dat de uit te voeren rationele reconstructie van de geestesgesteldheid van de verdachte een hypothetische exercitie is. Het doel van de reconstructie is niet om uit te zoeken welke specifieke overtuigingen en waarderingen daadwerkelijk ten grondslag hebben gelegen aan de keuze van de verdachte. De vraag is welke overtuigingen en waarderingen toegeschreven zouden kunnen worden aan een rationeel persoon in de positie van de verdachte, gegeven dat sprake is van de voor opzet vereiste bewustheid van de aanmerkelijke kans. Op deze wijze wordt onderzocht of het gedrag van de verdachte verklaard kan worden op basis van doodslagopzet en daarmee samenhangende geestesgesteldheden.

In de onderstaande vijf paragrafen wordt het keuzeprobleem van de verdachte stapsgewijs gereconstrueerd. Ik zal beginnen met een structurering van het keuzeprobleem aan de hand van een beslissingsboom. In de daaropvolgende paragrafen zal ik stapsgewijs getallen toekennen aan de relevante variabelen. Op deze wijze wordt de basis gelegd voor de afsluitend te bespre-

ken centrale keuze waar de verdachte voor staat: te remmen of niet te remmen?

### *Structurering van het keuzeprobleem aan de hand van een beslissingsboom*

De rationele reconstructie gaat uit van de veronderstelling dat de verdachte zich voor een keuzeprobleem ziet gesteld. De verdachte in de voorbeeldzaak staat op een bepaald moment voor de keus of hij al dan niet vol op de rem zal gaan staan (met alle consequenties van dien). In figuur 8.1 is het keuzeprobleem gereconstrueerd aan de hand van een beslissingsboom.<sup>1015</sup> In de beslissingsboom is weergegeven dat de optie 'remmen' gepaard gaat met twee mogelijkheden ('ongeval' en 'geen ongeval'). De term 'ongeval' heeft hier een ruime betekenis. De term verwijst naar een ongeval zoals dat heeft plaatsgevonden (het slachtoffer komt eenzijdig in botsing met een boom), maar de term verwijst ook naar alle andere ongevallen die hadden kunnen plaatsvinden. Daarbij kan gedacht worden aan een botsing tussen de auto van het slachtoffer en de verdachte.

De laatste vertakking van de beslissingsboom bevat de zure vruchten die in paragraaf 8.5.4.2 voor het voetlicht zijn gebracht. De tak bevat tien onwenselijke gevolgen die gepaard zouden kunnen gaan met een ongeval. Het verdient opmerking dat sommige negatieve gevolgen elkaar uitsluiten (bijvoorbeeld 'eigen dood' en 'eigen letsel'), terwijl andere negatieve gevolgen naast elkaar kunnen optreden (bijvoorbeeld 'eigen letsel' en 'dood vriendin').

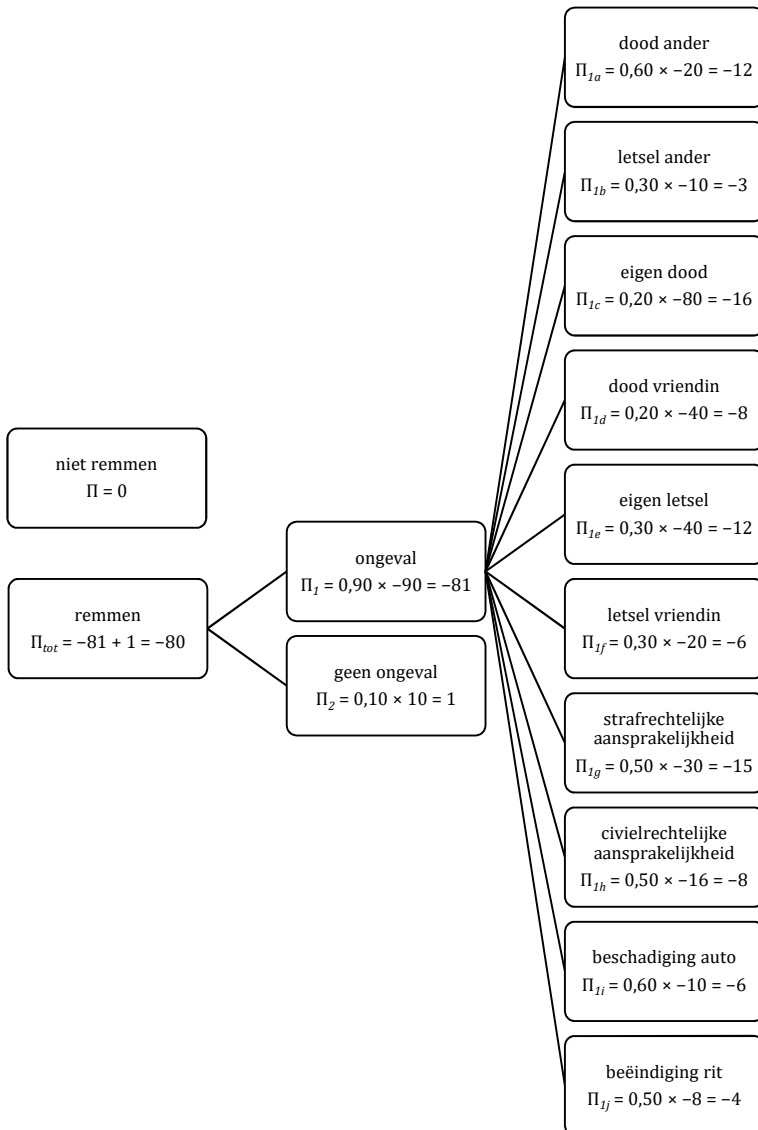
Een belangrijk vereiste in verband met de structurering van het keuzeprobleem is dat de waardering van een bepaald gevolg niet zou moeten afhangen van de waardering van een ander gevolg (psychologische onafhankelijkheid).<sup>1016</sup> Die assumptie gaat niet op voor alle mogelijke combinaties van gevolgen. Dat geldt in het bijzonder voor de eigen dood. De waardering van 'beschadiging auto' is ongetwijfeld afhankelijk van 'eigen dood': wie maalt er immers om een kras op zijn auto indien hij toch niet meer van de auto kan genieten? Verreweg de meeste gevolgen lijken echter goed los van elkaar gewaardeerd te kunnen worden.

---

<sup>1015</sup> Zie Keeney & Raiffa 1976, 'Decisions with multiple objectives: preferences and value tradeoffs', p. 1-66; Von Winterfeldt & Edwards 1986, 'Decision analysis and behavioral research', p. 63-89; en Vlek 1989, 'Modellen en methoden voor het begrijpen en verbeteren van beslissingen', p. 109-119.

<sup>1016</sup> Vgl. Keeney & Raiffa 1976, 'Decisions with multiple objectives: preferences and value tradeoffs', p. 109-112; Von Winterfeldt & Edwards 1986, 'Decision analysis and behavioral research', p. 41-44 en 344; en Baron 2008, 'Thinking and deciding', p. 349-356. Iets anders is dat de gevolgen in empirisch opzicht met elkaar kunnen samenhangen. De gevolgen 'dood ander' en 'strafrechtelijke aansprakelijkheid' hangen in sterke mate met elkaar samen. Dat neemt niet weg dat beide gevolgen onafhankelijk van elkaar gewaardeerd kunnen worden. Een actor kan strafrechtelijke aansprakelijkheid bijvoorbeeld zeer negatief waarderen, terwijl hij indifferent staat tegenover het veroorzaken van de dood van een ander.

Het in figuur 8.1 weergegeven keuzeprobleem bevat behoorlijk wat variabelen. In dat verband verdient het opmerking dat de in deze paragraaf ondernomen rationele reconstructie slechts de opmaat vormt voor een globalere reconstructie die centraal staat in paragraaf 8.5.4.4.d. De uiteindelijke conclusie ten aanzien van de centrale keuze (remmen of niet?) berust in elk geval niet op de assumptie dat een beslisser in staat is tien mogelijk aan een ongeval verbonden gevolgen psychisch te representeren en integreren.



**Figuur 8.1** Rationele reconstructie van het keuzeprobleem

### *Toekenning van overtuigingsgraden*

De basisgedachte van de kansintegratietheorie is dat de wenselijkheidsgraad (wenselijkheid) van een mogelijk gevolg bepaald wordt door de waarderingsgraad te vermenigvuldigen met de overtuigingsgraad. Dit principe kan toegepast worden op de verschillende gevolgen die in de beslissingsboom zijn weergegeven. Dat betekent dat overtuigingsgraden (subjectieve kansen) en waarderingsgraden toegekend moeten worden aan de diverse gevolgen. De logische eerste stap in dit proces behelst de toekenning van overtuigingsgraden. Het gaat immers om een rationele reconstructie van de geestesgesteldheid, gegeven dat sprake is van de voor opzet vereiste bewustheid van de aanmerkelijke kans. Dat betekent dus dat de bewustheid van de aanmerkelijke kans de enige bekende grootte is.

Op de bekendheid van de bekende grootte valt helaas wel wat af te dingen. Het is niet duidelijk welke kansgrootte de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans' markeert.<sup>1017</sup> Bovendien is het niet duidelijk welke kansgrootte ten grondslag ligt aan het oordeel van de feitenrechter dat sprake is van voorwaardelijk opzet. Als de feitenrechter het heeft over een 'aanmerkelijke kans', dan bedoelt hij 'een kans die ten minste aanmerkelijk is'. Feitelijk weten we dus alleen dat het een kans betreft die groter geacht wordt te zijn dan een niet nader gedefinieerde ondergrens.

Voor deze reconstructie sluit ik (voorlopig) aan bij de ondergrens van 50 procent, die gebaseerd is op het empirische onderzoek onder praktijkjuristen.<sup>1018</sup> Dat betekent dat de overtuigingsgraad ten minste 0,5 moet bedragen. In de beslissingsboom is de overtuigingsgraad ten aanzien van 'dood ander' gesteld op 0,6. Bedacht moet worden dat het hier gaat om de kans op de dood, gegeven een ongeval. Dat betekent dat deze kans afhankelijk is van de kans dat een ongeval plaatsvindt. De kans op 'ongeval' is op 0,9 gesteld (zie de eerste vertakking). Dat betekent dat de onvoorwaardelijke kans op de dood op 0,54 uitkomt ( $0,9 \times 0,6$ ). Dat is dus een fractie hoger dan de hier voor opzet veronderstelde ondergrens van 0,5 (50 procent).

Alle andere kansgroottes voor de met een ongeval samenhangende negatieve gevolgen zijn bepaald in relatie tot de subjectieve kans op de dood gegeven een ongeval. De kans op 'dood ander' van 0,6 fungeert dus als referentiepunt. Het gaat hier slechts om een globale duiding voor illustratieve doeleinden. Het belangrijkste doel is dat de afzonderlijke kansgroottes in een min of meer adequate verhouding tot elkaar staan. Hieronder besteed ik eerst aandacht aan een aantal relaties tussen de diverse kansgroottes.<sup>1019</sup> Vervolgens zal ik de afzonderlijke kansgroottes specificeren.

De gevolgen 'dood' en 'letsel' ten aanzien van de diverse actoren (verdachte, vriendin en slachtoffer) sluiten elkaar uit. De som van de kans op

---

<sup>1017</sup> Zie paragraaf 7.4.

<sup>1018</sup> Zie paragraaf 7.4. In paragraaf 8.5.4.4.f wijs ik erop dat een lagere ondergrens het wellicht minder onbegrijpelijk zou maken tot een kloppende reconstructie te komen.

<sup>1019</sup> Zie ook paragraaf 8.5.4.3.

‘dood’ en de kans op ‘letsel’ is kleiner dan 100 procent, omdat een ongeval ook zonder een van deze gevolgen kan blijven. In de beslissingsboom is de kans op ‘dood ander’ op 0,6 gesteld, terwijl de kans op ‘letsel ander’ op 0,3 is gesteld. Er is dus 90 procent kans dat een ongeval tot al dan niet dodelijk letsel leidt. Dat betekent dat de kans op het geheel niet plaatsvinden van letsel na een ongeval impliciet op 10 procent is gesteld. Voor de andere actoren (verdachte en vriendin) zijn de relaties tussen ‘dood’ en ‘letsel’ anders vormgegeven.

De kans op ‘eigen dood’ is ongeveer even groot als de kans op ‘dood vriendin’, omdat beide personen zich in dezelfde auto bevinden. De kans op ‘eigen letsel’ en de kans op ‘letsel vriendin’ zijn om dezelfde reden ook ongeveer even groot.

Zowel de kans op ‘eigen dood’ als de kans op ‘dood vriendin’ is kleiner dan de kans op ‘dood ander’. Er bestaat namelijk ook een gereede kans op het plaatsvinden van een ongeval waarbij het voertuig van de verdachte niet betrokken is. Het verkeersongeval dat in werkelijkheid plaatsvond, vormt daarvan een manifestatie. Daarnaast wist de verdachte – anders dan de bestuurder van de achterligger – wat er ging gebeuren. Dat vergroot de kans dat een adequate reactie plaatsvindt naar aanleiding van een (dreigende) botsing.

De kans op ‘beschadiging auto’ is groter dan de som van de kans op ‘eigen dood’ en de kans op ‘eigen letsel’. Een botsing tussen de auto van het slachtoffer en de auto van de verdachte kan immers ook uitsluitend resulteren in schade. Daarnaast is het in deze situatie nauwelijks denkbaar dat ‘eigen dood’ dan wel ‘eigen letsel’ intreedt zonder dat dat gepaard gaat met de beschadiging van de eigen auto.

Als een ongeval plaatsvindt door het hard remmen, dan is zeer waarschijnlijk aan de vereisten van zowel strafrechtelijke als civielrechtelijke aansprakelijkheid voldaan. Of daadwerkelijk aansprakelijkheidsstelling plaatsvindt, hangt af van diverse factoren (ernst ongeval, pakkans, meldingsbereidheid, e.d.). In de beslissingsboom is de kans op het intreden van strafrechtelijke aansprakelijkheid even hoog ingeschaald als de kans op het intreden van civielrechtelijke aansprakelijkheid.

De kans op ‘beëindiging rit’ is voor een belangrijk deel afhankelijk van de afloop van het ongeval. Des te slechter het ongeval afloopt, des te groter is de kans dat de verdachte niet verder kan rijden. Het spreekt voor zich dat de gevolgen ‘eigen dood’, ‘eigen letsel’ en ‘beschadiging auto’ ertoe kunnen leiden dat de bestuurder niet meer in staat is verder te rijden. Daarnaast moet rekening gehouden worden met de mogelijkheid dat de bestuurder na het ongeval wel verder *kan* rijden, maar dat hij niet verder *wil* rijden.

Zoals eerder in deze paragraaf is uiteengezet, gaat het bij het aan de verdachte toeschrijven van overtuigingsgraden primair om het genereren van een min of meer adequate verhouding tussen de afzonderlijke kansgroottes, waarbij de kans op ‘dood ander’ van 0,6 als referentiepunt fungeert. De kansen ten aanzien van de overige negen gevolgen zijn als volgt ingeschaald: ‘letsel ander’ (0,30); ‘eigen dood’ (0,20); ‘dood vriendin’ (0,20); ‘eigen letsel’ (0,30); ‘letsel vriendin’ (0,30); ‘strafrechtelijke aansprakelijkheid’ (0,50); ‘ci-



vielrechtelijke aansprakelijkheid' (0,50); 'beschadiging auto' (0,60); en 'beëindiging rit' (0,50).

### *Toekenning van waarderingsgraden*

De tweede stap in de rationele reconstructie bestaat uit het toekennen van waarderingsgraden aan de gevolgen die gepaard kunnen gaan met een ongeval. Daarbij verdient opmerking dat geen absolute waarde moet worden toegekend aan de getallen. De schaal waarop de waarderingsgraad wordt uitgedrukt, kan het best worden opgevat als een situatieafhankelijke schaal.<sup>1020</sup> De schaal is bedoeld om inzichtelijk te maken hoe de verschillende mogelijkheden in een concrete keuzesituatie zich tot elkaar verhouden. Het is daarom uitsluitend van belang dat de variabelen die een rol spelen in deze specifieke keuzesituatie in de juiste verhouding tot elkaar staan.<sup>1021</sup>

Anders dan bij het toeschrijven van de overtuigingsgraden, kan geen aansluiting gezocht worden bij een vaststaand referentiepunt.<sup>1022</sup> Het inschatten van de diverse waarderingsgraden wordt louter gebaseerd op psychologische assumpties (algemene ervaringsregels). Het gaat hier – net als bij de overtuigingsgraden – slechts om een globale duiding voor illustratieve doeleinden. Het belangrijkste doel is een min of meer plausibele verhouding tussen de afzonderlijke waarderingsgraden te bewerkstelligen.

De tien gevolgen zijn als volgt geduid: 'eigen dood' (–80); 'eigen letsel' (–40); 'dood vriendin' (–40); 'strafrechtelijke aansprakelijkheid' (–30); 'letsel vriendin' (–20); 'dood ander' (–20); 'civielrechtelijke aansprakelijkheid' (–16); 'letsel ander' (–10); 'beschadiging auto' (–10); en 'beëindiging rit' (–8).

Deze duiding is in zoverre in de geest van het Porsche-arrest dat de gevolgen die nauw samenhangen met het eigenbelang van de verdachte relatief zwaar wegen. Zo wordt het intreden van strafrechtelijke aansprakelijkheid (–30) negatiever gewaardeerd dan het veroorzaken van de dood van een ander (–20). De omstandigheid dat de verdachte ervoor heeft gekozen een met name voor het slachtoffer gevaarlijke remmanoeuvre uit te voeren, is bij die taxatie in aanmerking genomen.

### *Genereren van wenselijkheidsgraden*

De derde stap in de rationele reconstructie is gericht op het genereren van de wenselijkheidsgraad van 'ongeval'. Om dat doel te realiseren, moeten eerst de wenselijkheidsgraden van de tien gevolgen die kunnen voortvloeien uit een

---

<sup>1020</sup> Zie paragraaf 8.5.2.

<sup>1021</sup> Het maakt dus ook niets uit als alle waarderingsgraden door bijvoorbeeld 5, 10 of 100 zouden worden gedeeld; de verhouding tussen de afzonderlijke waarderingsgraden blijft dan immers gelijk.

<sup>1022</sup> De kans op 'dood ander' van 0,6 fungeerde daar als referentiepunt voor de andere subjectieve kansen.

ongeval worden gegenereerd. De wenselijkheidsgraad van ieder gevolg wordt verkregen door de overtuigingsgraad te vermenigvuldigen met de waarderingsgraad. De uitkomsten daarvan zijn weergegeven in de in figuur 8.1 opgenomen beslissingsboom. De uitkomsten zijn tevens opgenomen in tabel 8.5.

**Tabel 8.5** Wenselijkheidsgraden van gevolgen en waarderingsgraad ongeval

<b>Gevolgen</b>	<b>Wenselijkheidsgraden</b>
Dood ander	$\Pi_{1a} = 0,60 \times -20 = -12$
Letsel ander	$\Pi_{1b} = 0,30 \times -10 = -3$
Eigen dood	$\Pi_{1c} = 0,20 \times -80 = -16$
Dood vriendin	$\Pi_{1d} = 0,20 \times -40 = -8$
Eigen letsel	$\Pi_{1e} = 0,30 \times -40 = -12$
Letsel vriendin	$\Pi_{1f} = 0,30 \times -20 = -6$
Strafrechtelijke aansprakelijkheid	$\Pi_{1g} = 0,50 \times -30 = -15$
Civielrechtelijke aansprakelijkheid	$\Pi_{1h} = 0,50 \times -16 = -8$
Beschadiging auto	$\Pi_{1i} = 0,60 \times -10 = -6$
Beëindiging rit	$\Pi_{1j} = 0,50 \times -8 = -4$
	<b>Waarderingsgraad ongeval</b>
	$W_1 = \Pi_{1a} + \Pi_{1b} + \dots + \Pi_{1j} = -90$

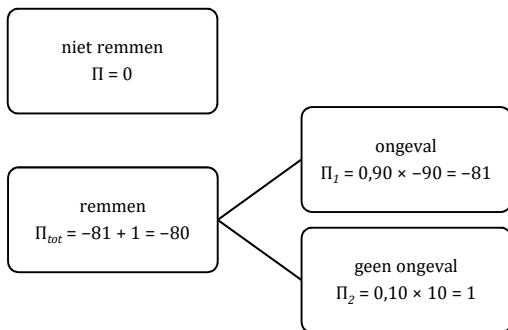
De tien in tabel 8.5 weergegeven wenselijkheidsgraden belichamen tezamen de waardering die gepaard gaat met het plaatsvinden van een ongeval. De *waarderingsgraad* van ‘ongeval’ wordt verkregen door de wenselijkheidsgraden van de tien gevolgen bij elkaar op te tellen.<sup>1023</sup> Dit is weergegeven in de onderste rij van de tabel: het sommeren van  $\Pi_{1a}$  tot  $\Pi_{1j}$  leidt tot een waarderingsgraad  $W_1$  van -90.

De *wenselijkheidsgraad* van ‘ongeval’ wordt vervolgens verkregen door deze waarderingsgraad met de op ‘ongeval’ betrekking hebbende overtuigingsgraad te vermenigvuldigen. Eerder kwam reeds naar voren dat de subjectieve kans dat de remmanoeuvre tot een ongeval leidt op 0,9 is gesteld. Dat brengt mee dat de wenselijkheid van ‘ongeval’ op -81 uitkomt ( $0,9 \times -90$ ).

<sup>1023</sup> Ik wees er reeds eerder op dat de assumptie dat de waarderingsgraden van alle tien gevolgen onafhankelijk van elkaar zijn (psychologische onafhankelijkheid) niet opgaat. Dat heeft strikt gezien tot gevolg dat de afzonderlijke wenselijkheidsgraden niet bij elkaar opgeteld mogen worden. Ik acht het echter niet noodzakelijk deze kwestie hier op de spits te drijven. In de eerste plaats geldt dat de meeste variabelen wel degelijk onafhankelijk van elkaar zijn. Het valt dan ook niet te verwachten dat het compliceren van de beslissingsstructuur veel uit zou maken. In de tweede plaats vormt de in deze paragraaf ondernomen rationele reconstructie slechts de opmaat voor een globalere reconstructie die centraal staat in paragraaf 8.5.4.4.d. De uiteindelijke conclusie ten aanzien van de centrale keuze (remmen of niet?) berust niet op de assumptie dat een beslisser in staat is tien mogelijk aan een ongeval verbonden gevolgen psychisch te presenteren en integreren. Het perfectioneren en compliceren van de in de onderhavige paragraaf ondernomen rationele reconstructie is daarom vruchteloos.

*Te remmen of niet te remmen, dat is de kwestie*

In de vierde en laatste stap in de rationele reconstructie staat de keuze tussen de optie 'niet remmen' en 'remmen' centraal. De wenselijkheidsgraad van de optie 'niet remmen' is ingeschaald op 0. Dat betekent dat de bestuurder zal kiezen voor de optie 'remmen' indien de wenselijkheidsgraad van die optie groter dan 0 is. Figuur 8.2 bevat een 'gesnoeide' versie van de in figuur 8.1 opgenomen volledige beslissingsboom.



**Figuur 8.2** Rationele reconstructie van het keuzeprobleem

De wenselijkheidsgraad van de optie 'remmen' wordt bepaald door de wenselijkheidsgraden van de twee daarbij horende mogelijkheden ('ongeval' en 'geen ongeval') bij elkaar op te tellen. In de vorige paragraaf is reeds geconcludeerd dat de wenselijkheidsgraad van 'ongeval'  $-81$  is. De vraag is nu wat de wenselijkheidsgraad van 'geen ongeval' is. Aangezien de kans op 'ongeval' op 90 procent is gesteld, is de kans op 'geen ongeval' op 10 procent gesteld. De vraag is vervolgens welke waarderingsgraad moet worden toegekend aan 'geen ongeval'. Bedacht moet worden dat een niet in figuur 8.2 weergegeven nevengevolg aan deze mogelijkheid is verbonden. Het gaat daarbij om het feit dat de bestuurder van de achterligger een lesje geleerd wordt door hem hevig aan het schrikken te maken. Het 'geven van de remproef' is een beproefde methode om bumperklevende achterliggers betaald te zetten. Verondersteld mag worden dat de verdachte daaraan voldoening zal ontfangen. Tegen deze achtergrond is een waarderingsgraad van 10 toegekend aan 'geen ongeval'. Als de waarderingsgraad (10) vermenigvuldigd wordt met de overtuigingsgraad (0,10), dan resulteert een wenselijkheidsgraad van 1 voor 'geen ongeval'.

De totale wenselijkheidsgraad ( $\Pi_{tot}$ ) van de optie 'remmen' kan nu worden vastgesteld door de wenselijkheidsgraad van 'ongeval' ( $-81$ ) bij de wenselijkheidsgraad van 'geen ongeval' (1) op te tellen. Het moge duidelijk zijn dat de resulterende wenselijkheidsgraad ( $-80$ ) van de optie 'remmen' veel en veel

lager is dan de wenselijkheidsgraad van de optie ‘niet remmen’ (0). De conclusie is onontkoombaar: de bestuurder zou er *niet* voor kiezen op de rem te gaan staan.

#### 8.5.4.4.d Een globalere reconstructie van de geestesgesteldheid

De in de vorige paragraaf ondernomen reconstructie stond in het teken van de vraag welke overtuigingen en waarderingen toegeschreven konden worden aan een rationeel persoon in de positie van de verdachte, gegeven dat sprake is van de voor opzet vereiste bewustheid van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander. Het staat buiten kijf dat de in deze reconstructie toegekende overtuigingen en waarderingen geen verklaring bieden voor de remmanoeuvre van de verdachte. De reconstructie wijst ontegenzeggelijk op het tegendeel: de verdachte zou niet hebben geremd.

Het spreekt vanzelf dat de conclusie dat opzet niet kan worden bewezen niet gebaseerd kan worden op de premisse dat de rationele reconstructie een adequaat beeld geeft van wat mensen in een dergelijke situatie plegen te denken en willen. Op de reconstructie valt veel af te dingen. Een belangrijk bezwaar is dat het niet voor de hand ligt dat een persoon in de positie van de verdachte tien mogelijk aan een ongeval verbonden negatieve gevolgen psychisch representeert en integreert. Dat de verdachte nog enige tijd heeft kunnen nadenken over de voorliggende opties doet daaraan niet af.

Een belangrijke vraag is welk detailniveau in acht moet worden genomen bij het reconstrueren van de geestesgesteldheid van de verdachte. In de werkelijkheid kan een remmanoeuvre zoals die door de verdachte is ondernomen op oneindig veel manieren aflopen. Men zou duizenden gradaties van letsel, schade, op te leggen straffen, e.d. van elkaar kunnen onderscheiden, die op hun beurt weer met elkaar gecombineerd kunnen worden. Mensen die voor een keuze staan, zullen over het algemeen echter slechts een relatief kleine hoeveelheid opties en mogelijkheden in overweging nemen.<sup>1024</sup> Als gevolg van de beperkte verwerkingscapaciteit van de menselijke psyche zullen mensen alleen focussen op in het oog springende opties en mogelijkheden. Wat dat betreft spreekt het Porsche-arrest in al zijn eenvoud aan. Waarom zou iemand zich bekreunen om een mogelijke kras op de auto als het eigen leven in het geding is?

In de in de vorige paragraaf ondernomen rationele reconstructie was de negatieve waardering van ‘ongeval’ gebaseerd op de som van *alle* onderliggende negatieve wenselijkheden. Het combineren van de kans op ‘ongeval’ (0,9) en de waardering van ‘ongeval’ (–90) leidde tot een extreem negatieve wenselijkheid (–81). Het spreekt voor zich dat die negatieve wenselijkheid niet gecompenseerd kon worden door de positieve wenselijkheid die gepaard

<sup>1024</sup> Vgl. Ajzen & Fishbein 2008, ‘Scaling and testing multiplicative combinations in the expectancy-value model of attitudes’ en Weiss, Weiss & Edwards 2010, ‘A descriptive multi-attribute utility model for everyday decisions’.

ging met 'geen ongeval' ( $0,10 \times 10 = 1$ ). In tabel 8.6 zijn alle afzonderlijke wenselijkheden die een rol speelden in de reconstructie opgenomen. Aldus kan de vraag beantwoord worden tot welke uitkomst een globalere reconstructie zou leiden.

**Tabel 8.6** Afzonderlijke wenselijkheden van de reconstructie

Positieve wenselijkheid ( $\Pi$ )	$0 \times W = \Pi$	Negatieve wenselijkheid ( $\Pi$ )	$0 \times W = \Pi$
Schrik aanjagen zonder ongeval	$0,10 \times 10 = 1$	Eigen dood	$0,9 \times -16 = -14,4$
		Str. aansprakelijkheid	$0,9 \times -15 = -13,5$
		Eigen letsel	$0,9 \times -12 = -10,8$
		Dood ander	$0,9 \times -12 = -10,8$
		Dood vriendin	$0,9 \times -8 = -7,2$
		Civ. aansprakelijkheid	$0,9 \times -8 = -7,2$
		Letsel vriendin	$0,9 \times -6 = -5,4$
		Beschadiging auto	$0,9 \times -6 = -5,4$
		Beëindiging rit	$0,9 \times -4 = -3,6$
		Letsel ander	$0,9 \times -3 = -2,7$
		Totaal	$0,9 \times -90 = -81$

In de linkerkolom van de tabel staat het enige positieve gevolg dat zou kunnen voortvloeien uit de remmanoeuvre: de genoegdoening die gepaard gaat met het een lesje leren aan het slachtoffer door middel van een geslaagde 'rem-proef'. In de rechterkolom staan de negatieve gevolgen die voort zouden kunnen vloeien uit een ongeval. De daar weergegeven wenselijkheden hebben betrekking op het geval dat de negatieve waardering van een ongeval alleen gebaseerd zou zijn op de onwenselijkheid van het gespecificeerde gevolg.<sup>1025</sup>

Uit de tabel volgt dat het niets uitmaakt door welke van de negatieve gevolgen – of combinatie daarvan – de verdachte gestuurd zou worden. Ieder van de afzonderlijke mogelijkheden weegt zwaarder dan het enige positieve gevolg dat zou kunnen voortvloeien uit de remmanoeuvre. Zelfs als de bestuurder slechts op één enkel negatief gevolg gericht is, dan zou hij nog niet de keuze maken op de rem te gaan staan. Dat geldt a fortiori als aangenomen zou worden dat de verdachte sterk met elkaar samenhangende gevolgen als 'eigen dood' en 'eigen letsel' als één entiteit opvat.<sup>1026</sup>

Deze conclusie blijft ook staan als de verdachte een keuzestrategie zou hanteren die niet overeenstemt met de premissen van de kansintegratietheorie. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het additief (optellen) in plaats van multiplicatief (vermenigvuldigen) integreren van overtuigingen en

<sup>1025</sup> De wenselijkheidsgraden die zijn vermeld in tabel 8.5 en figuur 8.1 (laatste tak) fungeren als input voor de waardering.

<sup>1026</sup> Zie paragraaf 8.5.4.2.b over de samenhang tussen dood en letsel.

waarderingen. Als de negatieve wenselijkheidsgraad van een of meer negatieve gevolgen zo hoog is dat deze niet of nauwelijks gecompenseerd kan worden door de positieve wenselijkheidsgraad van het positieve gevolg, dan is er een bijzonder ruime foutenmarge. Heuristieken die strikt gezien incorrect zijn, leiden onder die omstandigheden vrijwel altijd tot de ‘juiste’ keuze. Het is bijna niet voor te stellen dat een combinatie van ‘een grote kans’ en ‘een erg gevolg’ geen dominante invloed uitoefent op de keuze van de actor.

#### *8.5.4.4.e Van ‘niet zouden willen’ naar ‘niet hebben geweten’*

In de voorgaande twee paragrafen is zaak 3b (Remmen) geanalyseerd in het raamwerk van de kansintegratietheorie. Zowel de rationele reconstructie op basis van alle relevante mogelijkheden (paragraaf 8.5.4.4.c) als de daarvan afgeleide globalere reconstructie (paragraaf 8.5.4.4.d) leidt tot dezelfde slot-som: de verdachte zou niet de keuze maken op de rem te gaan staan.

De rationele reconstructie van de geestesgesteldheid van de verdachte betrof een hypothetische exercitie. De vraag was welke overtuigingen en waarderingen toegeschreven konden worden aan een rationeel persoon in de positie van de verdachte, gegeven dat sprake is van de voor opzet vereiste bewustheid van de aanmerkelijke kans. De aan de reconstructie verbonden conclusie – de verdachte *zou* de keuze niet maken – is even hypothetisch als de reconstructie zelf. In de werkelijkheid heeft de verdachte er namelijk *wél* voor gekozen op de rem te gaan staan.

De kansintegratietheorie is in principe bedoeld om gedrag te voorspellen op basis van onderliggende geestesgesteldheden. Hier wordt de theorie echter gebruikt om te laten zien dat bepaald gedrag moeilijk kan worden verklaard op basis van negatieve wenselijkheden die geacht worden samen te hangen met doodslagopzet. De redenering loopt via een aantal tussenstappen van ‘zou niet hebben gewild’ naar ‘heeft niet geweten’. De uit vier stappen bestaande redenering wordt hieronder weergegeven:

### **1. De onwenselijkheidsthese**

De met de gedraging samenhangende negatieve gevolgen zouden voor de verdachte zwaarder wegen dan de met de gedraging samenhangende positieve gevolgen.

### **2. De perceptiethese**

Als de verdachte zich bewust was geweest van een aanmerkelijke kans dat de gedraging zou leiden tot de dood van een ander, dan zou hij zich ook bewust geweest zijn van een geenszins te verwaarlozen kans dat een of meer van de met de gedraging samenhangende negatieve gevolgen zich zullen manifesteren.

### 3. De rationaliteitsthese

De verdachte zou er niet voor kiezen de gedraging uit te voeren indien de met de gedraging samenhangende negatieve gevolgen zwaarder wegen dan de met de gedraging samenhangende positieve gevolgen.

### 4. De onbewustheidsthese

Aangezien de verdachte er wél voor heeft gekozen de gedraging uit te voeren, is hij zich niet bewust geweest van een aanmerkelijke kans dat de gedraging leidt tot de dood van een ander.

De redenering van ‘zou niet hebben gewild’ (stap 1) naar ‘heeft niet geweten’ (stap 4) is in lijn met het Porsche-arrest. De Hoge Raad begint zijn redenering ook met de onwenselijke gevolgen die aan een botsing zouden zijn verbonden. Hij wijst daarbij onder meer op de onwaarschijnlijkheid van het aanvaarden van de aanmerkelijke kans op de eigen dood. Vervolgens schakelt de Hoge Raad over naar de cognitie door erop te wijzen “dat althans in de *voorstelling* en naar de *verwachting* van de verdachte [de fatale] manoeuvre niet tot een botsing zou leiden”.<sup>1027</sup> Deze cognitieve conclusie noopt de Hoge Raad ertoe een motiveringsgebrek aan te nemen.

#### 8.5.4.4f *Een kloppende reconstructie van de geestesgesteldheid: toetsing aan het in dubio pro reo-beginsel*

De in de vorige paragraaf getrokken conclusie – de verdachte had geen opzet – is te herleiden tot een mislukte reconstructie. Een plausibele invulling van de keuzevariabelen brengt mee dat de verdachte er niet voor zou kiezen op de rem te gaan staan. In deze paragraaf zal ik het vraagstuk van de andere kant benaderen. In deze benadering is het de vraag welke overtuigingen en waarderungen aan de verdachte moeten worden toegeschreven om hem te laten kiezen voor het uitvoeren van de remmanoeuvre. Wat is vereist om een kloppende reconstructie te bewerkstelligen?

De kloppende reconstructie begint, net als de in paragraaf 8.5.4.4.c ondernomen rationele reconstructie, met het gegeven dat sprake is van bewustheid van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander. In de rationele reconstructie heeft de aan het veroorzaken van de dood van een ander toegekende negatieve waarderingsgraad (–20) reeds zo veel impact op het keuzeproces dat daar nauwelijks meer tegenwicht aan te bieden is. Om een kloppende reconstructie te bewerkstelligen, lijkt het in de eerste plaats vereist om een neutrale waarderingsgraad (of een zeer geringe negatieve waarderingsgraad) aan de verdachte toe te kennen. Dat betekent dat de verdachte (vrij-

---

<sup>1027</sup> De cognitieve termen zijn door mij gecursiveerd. Zie paragraaf 5.3.4.3 over het onderscheid tussen cognitieve en volitieve geestesgesteldheden.

wel) indifferent staat ten opzichte van het veroorzaken van de dood van het slachtoffer. De mogelijkheid een ander van het leven te beroven, heeft dan niet of nauwelijks invloed op de te maken keuze.

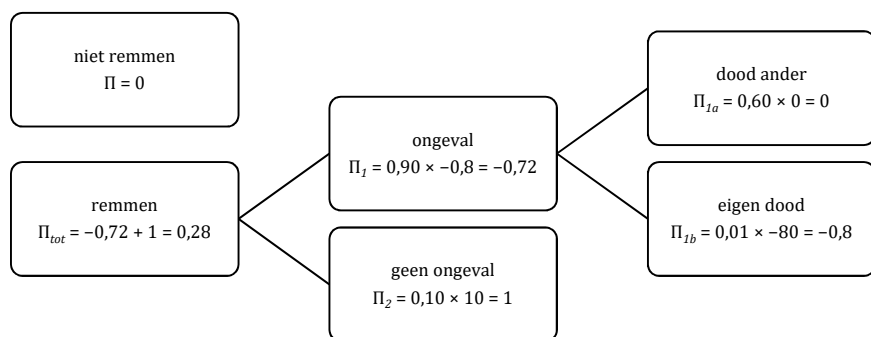
In de in paragraaf 8.5.4.4.c ondernomen rationele reconstructie hadden de op eigenbelang gestoelde negatieve gevolgen een grote impact op het keuzeproces. Het ligt niet direct voor de hand de impact daarvan te verminderen door de negatieve waarderingsgraad drastisch te verkleinen. Het is niet plausibel dat de verdachte gevolgen als 'eigen dood', 'dood vriendin' of 'strafrechtelijke aansprakelijkheid' niet of nauwelijks negatief zou waarderen. De meest voor de hand liggende manier om de impact van dergelijke gevolgen te verminderen, is cognitief van aard. De impact kan in de eerste plaats verminderd worden door aan te nemen dat de verdachte een zeer lage overtuigingsgraad heeft gehad ten aanzien van een bepaald gevolg. Een tweede wijze waarop de impact kan worden verminderd, is door aan te nemen dat de verdachte in het geheel niet heeft gedacht aan een bepaald gevolg.

De impact van de negatieve gevolgen zou bij wijze van voorbeeld als volgt genivelleerd kunnen worden. In de eerste plaats zou kunnen worden aangenomen dat de verdachte zijn geest alleen heeft gericht op 'eigen dood'. Dat betekent dat andere negatieve gevolgen als 'eigen letsel', 'dood vriendin' en 'strafrechtelijke aansprakelijkheid' geen enkele impact op de keuze hebben.<sup>1028</sup> Daarnaast zou kunnen worden aangenomen dat hij de kans op 'eigen dood' gegeven een ongeval op 1 procent inschat. Dat betekent dat hij deze kans 60 keer zo klein inschat als de kans op 'dood ander' gegeven een ongeval.

De hierboven uitgewerkte assumpties voor een kloppende reconstructie zijn weergegeven in figuur 8.3. De totale indifferentie ten aanzien van 'dood ander' ( $W = 0$ ) en de lage subjectieve kans ten aanzien van het enige gevisualiseerde negatieve gevolg 'eigen dood' ( $O = 0,01$ ) zorgen ervoor dat de negatieve wenselijkheidsgraad van 'ongeval' ( $\Pi = -0,72$ ) zo gering is dat deze wenselijkheidsgraad niet opweegt tegen de genoegdoening die de verdachte ontleent aan een geslaagde 'remproef' ( $\Pi = 1$ ). Het maximaliseringsprincipe dicteert nu dat de verdachte ervoor zal kiezen de remmanoeuvre uit te voeren.

<sup>1028</sup> Het geheel niet denken aan een gevolg heeft hetzelfde effect als een overtuigingsgraad van 0. In het laatste geval heeft de actor wel aan het gevolg gedacht, maar is sprake van een subjectieve kans van 0 procent. Vermenigvuldiging met welke waarderingsgraad dan ook, leidt altijd tot een wenselijkheidsgraad van 0.





**Figuur 8.3** Een kloppende reconstructie van het keuze probleem

Het spreekt vanzelf dat dit slechts een van de mogelijke reconstructies is die een verklaring biedt voor de keuze van de verdachte. Er zijn vele manieren om de variabelen zo te tweakken dat de verdachte ervoor zou kiezen om de remmanoeuvre uit te voeren. Bedacht dient echter te worden dat alle variabelen in de greep gehouden worden door de assumptie dat de verdachte zich bewust is geweest van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander. In dat verband zou enige ruimte gecreëerd kunnen worden door uit te gaan van een lagere ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’. Des te lager de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ ligt, des te minder onbegrijpelijk is het de met opzet samenhangende kansen op negatieve gevolgen zo laag te stellen dat ze relatief weinig impact hebben.

Naar mijn overtuiging worden kloppende reconstructies van de geestgesteldheid van de verdachte hoe dan ook gekenmerkt door een noodlottige combinatie van verderfelijkheid en domheid. De *verderfelijkheid* is gelegen in de indifferentie die moet worden aangenomen ten aanzien van het veroorzaken van dood of letsel bij het slachtoffer. Gezien de voor opzet vereiste bewustheid van de aanmerkelijke kans op de dood kan deze impact alleen worden genivelleerd door een grote mate van indifferentie te veronderstellen. De *domheid* is gelegen in het onderschatten dan wel geheel miskennen van met de bewustheid van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander samenhangende negatieve gevolgen voor de bestuurder zelf. Het onderschatten van gevaar staat haaks op evolutionaire principes. Vanuit evolutionair perspectief bezien is het verstandiger het gevaar voor het eigen welzijn te overschatten.<sup>1029</sup> De prijs van het overschatten van gevaar is veel lager dan de prijs van het onderschatten van gevaar: één enkele onderschatting kan immers al fataal zijn.

Is het onbestaanbaar dat de verdachte heeft beschikt over de voor een kloppende reconstructie vereiste combinatie van verderfelijkheid en dom-

<sup>1029</sup> Vgl. Gilbert 1998, ‘The evolved basis and adaptive functions of cognitive distortions’.

heid? Dat is uiteraard niet het geval. Tegen de achtergrond van de tegen het slachtoffer gerichte daad van agressie is deze hypothese wellicht niet volstrekt onbegrijpelijk. De vraag die hier echter voorligt, is of het buiten redelijke twijfel staat dat een van de kloppende reconstructies zich heeft voorgedaan. Het in dubio pro reo-beginsel dicteert dat de in de vorige paragrafen verdedigde hypothese – de verdachte is zich *niet* bewust geweest van een aanmerkelijke kans op de dood – volstrekt ongeloofwaardig moet zijn. Mij lijkt dat in elk geval een moeilijk te verdedigen standpunt.

#### *8.5.4.4.g Besluit: extrapolatie van de redentie*

Deze paragraaf stond in het teken van een breder toepassingsbereik van de Porschedoctrine. In een eerdere versie van dit boek had ik veel van de in hoofdstuk 6 besproken voorbeeldzaken in het raamwerk van de kansintegratietheorie geanalyseerd. In de onderhavige paragraaf heb ik mij echter beperkt tot een zeer extensieve analyse van een voorbeeldzaak. Ik kwam tot de conclusie dat het bewijs van opzet op zijn minst niet buiten redelijke twijfel staat. Naar mijn overtuiging kan de in deze paragraaf opgezette redentie – mutatis mutandis – geëxtrapoleerd worden naar veel van de zaken waarin veroordeeld is wegens (poging tot) doodslag in het verkeer. In de overgrote meerderheid van zaken lukt het niet tot een overtuigende kloppende reconstructie van de geestesgesteldheid van de verdachte te komen. Dat betekent dat de verdachte het voordeel van de twijfel gegund had moeten worden.

## **8.6 Slotsom: de meeste veroordelingen zijn ongegrond**

### **8.6.1 Inleiding**

In deze paragraaf maak ik de balans van het hoofdstuk op. Ik verdedig de opvatting dat de meeste bewezenverklaringen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer ongegrond zijn. In paragraaf 8.6.2 zal ik deze stelling nader toelichten. Ik bespreek de betekenis van de ongegrondheidsthese en ik sta stil bij de vraag wat dit verstrekkende oordeel rechtvaardigt. Paragraaf 8.6.3 is gewijd aan de speculatieve vraag waarom rechters – anders dan ik – menen dat het bewijs van opzet wél buiten redelijke twijfel staat. Ik besteed achtereenvolgens aandacht aan het verschil in informatiepositie, bewijsrechtelijke inferentieregels, de overtuigingsmaatstaf en de interpretatie van opzet. In paragraaf 8.6.4 ga ik in op de vraag hoe de ongegrondheidsthese gewaardeerd moet worden. De paragraaf staat voor een belangrijk deel in het teken van zogenaamde ‘schuldige’ onschuldigen: veroordeelden die weliswaar onschuldig zijn aan het delict waarvoor ze zijn veroordeeld, doch die wel degelijk schuldig zijn aan een ander delict. Ik werp de vraag op hoe erg het eigenlijk wordt gevonden dat deze personen ten onrechte zijn veroordeeld. Daarnaast ga ik in op de vraag hoe de ‘schuldige’ onschuldige er vanaf was gekomen als

hij voor het juiste delict was veroordeeld. Paragraaf 8.6.5 is gewijd aan de strafwaardigheid van gevaarlijke gedragingen die ten onrechte als poging tot doodslag worden bestempeld. Ik bespreek de wenselijkheid van de invoering van een ernstiger gevaarzettingsdelict. Daarbij is het in de eerste plaats de vraag in hoeverre de nadruk die in het huidige strafrecht op gevolgen ligt, gerechtvaardigd kan worden vanuit een preventieperspectief. In de tweede plaats is het de vraag of iemand die door een verwijtbare gedraging de dood van een ander veroorzaakt wel meer straf verdient dan iemand wiens verwijtbare gedraging niet tot de dood van een ander leidt. Ik werp de vraag op of gevolgen niet een te dominante plaats hebben verworven in het verkeersrecht.

## **8.6.2 Betekenis en grondslag van de ongegrondheidsthese**

### *8.6.2.1 Inleiding*

Naar mijn stellige overtuiging zijn de meeste bewezenverklaringen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer ongegrond. Ik moet daarbij onmiddellijk aantekenen dat ik de verstrekkende en wellicht verontrustende ongegrondheidsthese slechts van een beperkte onderbouwing kan voorzien. In deze paragraaf zal ik inzicht trachten te geven in de betekenis en de grondslag van deze these. Dat stelt de lezer in de gelegenheid uit te maken of de these reden voor zorg oplevert.

Paragraaf 8.6.2.2 is gewijd aan de vraag hoe ongegronde bewezenverklaringen zich verhouden tot onjuiste bewezenverklaringen dan wel cassatiebestendige bewezenverklaringen. In paragraaf 8.6.2.3 sta ik stil bij de grondslag van de these dat de meeste bewezenverklaringen ongegrond zijn. Hier is het de vraag wat dit verstrekkende oordeel rechtvaardigt.

### *8.6.2.2 De ongegronde, onjuiste en cassatiebestendige bewezenverklaring*

In paragraaf 8.2.3 heb ik bepleit oordelen van feitenrechters rechtstreeks te toetsen aan het in dubio pro reo-beginsel (toetsingscriterium). In paragraaf 8.2.4 heb ik uiteengezet dat deze toetsing plaatsvindt aan de hand van mijn feilbare interpretatie van het opzetbegrip (toetsingsgrondslag). Als de toetsing van een bewijsbeslissing aan het in dubio pro reo-beginsel negatief uitpakt, dan spreek ik van een 'ongegronde bewezenverklaring'. Hieronder ga ik in op de vraag hoe de ongegronde bewezenverklaring zich verhoudt tot de onjuiste bewezenverklaring dan wel de cassatiebestendige bewezenverklaring. Ik geef eerst een terminologische plaatsbepaling van de concepten. Vervolgens bespreek ik in hoeverre de door mij als ongegrond bestempelde bewezenverklaringen onjuist dan wel cassatiebestendig zijn.

Er bestaat een belangrijk verschil tussen een ‘ongegronde bewezenverklaring’ en een ‘onjuiste bewezenverklaring’.<sup>1030</sup> Een ‘onjuiste bewezenverklaring’ is een beslissing waarbij opzet bewezen wordt verklaard, hoewel in werkelijkheid geen sprake was van opzet. Het oordeel dat een bewezenverklaring ongegrond is, gaat veel minder ver dan het oordeel dat een bewezenverklaring onjuist is. Het oordeel dat sprake is van een ongegronde bewezenverklaring houdt simpelweg in dat de kans op een onjuiste uitspraak te groot wordt geacht. Het laat zich dan ook goed denken dat een ongegronde bewezenverklaring wél een juiste bewezenverklaring oplevert. Het in dubio pro reo-beginsel noopt immers ook tot vrijspraak in gevallen waarin de kans dat de verdachte schuldig is veel hoger wordt ingeschat dan de kans dat hij onschuldig is.<sup>1031</sup>

Een ander relevant verschil is dat tussen een ‘ongegronde bewezenverklaring’ en een ‘cassatiebestendige bewezenverklaring’. Een ‘cassatiebestendige bewezenverklaring’ houdt in dat de feitenrechter de feiten en omstandigheden op zodanige wijze presenteert dat de Hoge Raad niet tot cassatie kan overgaan ten aanzien van de bewezenverklaring.<sup>1032</sup> De Hoge Raad laat de feitenrechter tot op grote hoogte vrij om bij een bepaald feitencomplex tot een veroordeling te komen.<sup>1033</sup> De twee belangrijkste redenen daarvoor zijn de beperkte toetsing en de marginale toetsing. De vraag of de feitenrechter de overtuiging *heeft kunnen* bekomen (marginale toetsing), wordt in beginsel beoordeeld aan de hand van de *belastende* feiten en omstandigheden die de feitenrechter aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd (beperkte toetsing). Het laat zich dan ook goed denken dat een ongegronde bewezenverklaring wél een cassatiebestendige bewezenverklaring oplevert. Waar het marginale toetsingscriterium van de Hoge Raad de feitenrechter het voordeel van de twijfel gunt (kán de bewezenverklaring juist zijn?), geeft de toetsing aan het in dubio pro reo-beginsel de feitenrechter het nadeel van de twijfel. De omstandigheid dat de door mij ondernomen toetsing minder beperkt is dan de in beginsel op belastend bewijsmateriaal gerichte toetsing in cassatie, versterkt het contrast.

Eerder in deze paragraaf gaf ik aan dat het zich kan voordoen dat een ongegronde bewezenverklaring wél een juiste bewezenverklaring oplevert. Naar mijn inschatting valt echter slechts een klein gedeelte van de ongegronde

<sup>1030</sup> Zie paragraaf 8.2.3.

<sup>1031</sup> In paragraaf 2.4 heb ik de opvatting verdedigd dat art. 338 Sv minimaal een overtuigingsgraad van 95 procent vereist. Dat betekent dat de rechter tot vrijspraak moet besluiten als hij, op basis van geoorloofd belastend en ontlastend bewijsmateriaal, tot de conclusie komt dat de kans dat het ten laste gelegde niet waar is groter is dan 5 procent. Als er net voldoende twijfel is om tot vrijspraak te besluiten, dan geldt nog steeds dat de kans op schuld bijna 19 keer zo hoog wordt ingeschat als de kans op onschuld. Opmerking verdient overigens dat de *overtuiging* dat een beslissing onjuist is evenmin noodzakelijkerwijs betekent dat de beslissing (echt) onjuist is. De overtuiging kan immers gegrond zijn op een onjuiste duiding van de feiten of het recht.

<sup>1032</sup> Zie m.n. paragraaf 2.6.2. Het concept ‘cassatiebestendigheid’ heeft betrekking op de hypothetische vraag of cassatie zou hebben plaatsgevonden indien een tot toetsing uitnodigend cassatiemiddel was ingediend.

<sup>1033</sup> Zie m.n. paragraaf 2.5 en 2.6.

bewezenverklaringen in deze categorie.<sup>1034</sup> In veel gevallen ben ik er (volledig) van overtuigd dat geen sprake is van opzet. Dat betekent dat de kans op een juiste bewezenverklaring door mij niet al te groot wordt geacht. Ik hecht eraan de subjectiviteit van dit oordeel te benadrukken. Het is uiteraard de vraag of mijn inschatting gebaseerd is op een juiste duiding van de feiten en een juiste interpretatie van het recht.

Mijn stelling dat de meeste bewezenverklaringen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer ongegrond zijn, heeft voor het grootste deel betrekking op cassatiebestendige bewezenverklaringen. Het verdient in dat verband opmerking dat alle in hoofdstuk 6 besproken voorbeeldzaken die aan de Hoge Raad zijn voorgelegd, in stand zijn gelaten. Vanuit een bepaald perspectief zou betoogd kunnen worden dat de door mij bekritiseerde feitenrechters – ook als ik gelijk zou hebben – niets fout hebben gedaan. Het hoeft vermoedelijk geen betoog dat ik deze geruststellende conclusie niet voor mijn rekening wens te nemen.<sup>1035</sup>

#### *8.6.2.3 Grondslag van de ongegrondheidsthese*

Naar mijn overtuiging zijn de meeste bewezenverklaringen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer ongegrond. In deze paragraaf sta ik stil bij de grondslag van deze these. Wat rechtvaardigt dit verstrekkende oordeel? Ik begin met een korte samenvatting van de in paragraaf 8.3, 8.4 en 8.5 gepresenteerde bevindingen. Vervolgens ga ik in op de vraag in hoeverre deze bevindingen geëxtrapoleerd kunnen worden naar zaken die niet aan een diepgaande analyse zijn onderworpen.

Paragraaf 8.3 en 8.4 stonden primair in het teken van de kans in objectieve zin. In paragraaf 8.3 heb ik betoogd dat het inrijden op een agent – behoudens een zeer uitzonderlijke combinatie van risicoverhogende factoren – niet gepaard gaat met een aanmerkelijke kans op de dood van de agent in kwestie. In paragraaf 8.4 heb ik uiteengezet dat rijden onder invloed op zichzelf beschouwd gepaard gaat met uiterst minieme kansen op het veroorzaken van de dood van een ander.

Wat geldt voor deze algemene categorieën, geldt naar mijn mening vaak ook voor de uniekere gedragingen die aanleiding hebben gevormd voor veroordelingen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer. Bij het analyseren van een individuele zaak is het in te nemen perspectief bij het inschatten van de kans in objectieve zin van groot belang.<sup>1036</sup> Ik heb de indruk dat de grootte van de kans in de feitenrechtspraak soms te veel opgehangen wordt aan kansverhogende factoren (die zich al dan niet in werkelijkheid hebben voorgedaan). De kans op de dood van een ander wordt aanmerkelijk geacht, gegeven

---

<sup>1034</sup> Zie paragraaf 8.6.3.2, 8.6.3.4 en 8.6.4.2.

<sup>1035</sup> Zie paragraaf 8.2.3.

<sup>1036</sup> Zie paragraaf 7.5.2, 8.3.4, 8.3.7 en 8.4.6.

de omstandigheid dat een levensgevaarlijk ongeval plaatsvindt.<sup>1037</sup> De kans op het plaatsvinden van een dergelijk ongeval wordt alsdan impliciet op 100 procent gesteld. Het inzicht dat de kans op de dood van een ander in verkeerszaken vaak opgesplitst kan worden in de kans op het veroorzaken van een ongeval en de kans dat de dood van een ander resulteert gegeven een ongeval, kan bijdragen aan een adequatere kansinschatting. Daarnaast kan verbetering bereikt worden door acht te slaan op statistische informatie. Juist in de verkeerscontext is veel informatie beschikbaar.<sup>1038</sup> Het combineren van statistische informatie met zaakspecifieke kansbeïnvloedende factoren geeft een beter beeld dan het voor de vuist weg taxeren van de kans.<sup>1039</sup>

De analyse met betrekking tot de kans in objectieve zin is ook van belang voor de kans in subjectieve zin (bewustheid van de kans). Als evident geen sprake is van een aanmerkelijke kans in objectieve zin, dan zal in de regel namelijk ook geen sprake zijn van een aanmerkelijke kans in subjectieve zin.<sup>1040</sup> De uitkomsten van de objectieve analyse zijn dan via een omweg van belang. Daarbij kan gedacht worden aan de veronderstelling dat de inrijder op een agent erop vertrouwd heeft dat hijzelf of de agent erin zou slagen een botsing te voorkomen.<sup>1041</sup> Dat betekent dat geen sprake is van de bewustheid van een aanmerkelijke kans. De assumptie dat een dronken bestuurder de kans op het veroorzaken van de dood van een ander (en zichzelf) niet als aanmerkelijk zou inschatten, past ook in die sleutel.<sup>1042</sup> Het ligt niet direct voor de hand dat dronken bestuurders de kans op de dood zo ernstig zouden overschatten dat sprake is van de voor opzet vereiste overtuigingsgraad.

Het in paragraaf 8.5 opgenomen pleidooi om een breder toepassingsbereik aan de Porschedoctrine toe te kennen, loopt via de volitieve weg. Op basis van de kansintegratietheorie is betoogd dat verkeersgevaarlijk gedrag vaak moeilijk kan worden verklaard op basis van negatieve wenselijkheden die geacht worden samen te hangen met doodslagopzet. De redenering loopt van 'zou niet hebben gewild' naar 'heeft niet geweten'. Deze bewijsrechtelijke redenering houdt ook stand indien zou worden aangenomen dat wel sprake is van een aanmerkelijke kans in objectieve zin. Naar mijn overtuiging kan de in paragraaf 8.5 opgezette redenering geëxtrapoleerd worden naar veel van de zaken waarin veroordeeld is wegens (poging tot) doodslag in het verkeer.<sup>1043</sup> In de overgrote meerderheid van zaken lukt het niet tot een overtuigende kloppende reconstructie van de geestesgesteldheid van de verdachte te komen. Dat betekent dat de verdachte het voordeel van de twijfel gegund had moeten worden.

---

<sup>1037</sup> Zie paragraaf 8.3.7 over de hypothetische kans.

<sup>1038</sup> De website van de Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Verkeersveiligheid vormt een uitstekende bron van informatie. Hier zijn veel relevante feiten en cijfers te vinden. Zie <[www.swov.nl](http://www.swov.nl)>.

<sup>1039</sup> Zie bijv. paragraaf 8.3.4 en 8.4.6.3.

<sup>1040</sup> Zie paragraaf 7.3.3.2 en 7.3.3.4.

<sup>1041</sup> Zie paragraaf 8.3.6.

<sup>1042</sup> Zie paragraaf 8.4.6.5.

<sup>1043</sup> Zie paragraaf 8.5.4.4.g.

Ik realiseer mij terdege dat het bovenstaande pleidooi voor extrapolatie maar een beperkte overtuigingskracht heeft. Uiteindelijk heb ik in paragraaf 8.3, 8.4 en 8.5 slechts een handvol zaken aan een diepgaande analyse onderworpen. Opmerking verdient dat ik in een eerdere versie van dit boek alle in hoofdstuk 6 besproken voorbeeldzaken aan een toetsing aan het in dubio pro reo-beginsel had onderworpen. Naar mijn inschatting waren in bijna alle zaken wel omstandigheden aan te wijzen op basis waarvan in redelijkheid getwijfeld kon worden aan de aanwezigheid van doodslagopzet. Uiteindelijk heb ik ervan afgezien om alle op zaaksniveau ondernomen analyses in dit boek op te nemen. Een belangrijke reden daarvoor was dat de gerezen twijfel bijna altijd (mede) te herleiden viel tot een of meer van de bovenbeschreven algemene bezwaren.

De uiteindelijk gevolgde benadering heeft als voordeel dat minder herhaling van zetten nodig was en dat dieper ingegaan kon worden op algemene, zaaksoverstijgende bewijskwesities. Het nadeel van deze benadering is dat unieke, alleen op een bepaalde zaak betrekking hebbende bezwaren nu minder prominent voor het voetlicht zijn gebracht. Daarbij kan gewezen worden op het selectief weergeven van de feiten,<sup>1044</sup> de te grote bewijskracht die soms wordt toegekend aan verklaringen van de verdachte,<sup>1045</sup> het bagatelliseren van (potentieel) ontlastend bewijsmateriaal,<sup>1046</sup> inconsistente bewijsoordeelen<sup>1047</sup>, de culpose toonzetting van de opzetmotivering<sup>1048</sup> en het feit dat de als aanmerkelijk bestempelde kans op de dood van het slachtoffer het slachtoffer er zelf niet toe noopte zich aan de situatie te onttrekken<sup>1049</sup>. Deze en andere

---

<sup>1044</sup> Zie de in paragraaf 6.3 besproken zaak 2b (Laadbak): rechtbank Den Bosch 6 juni 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AT7532. In de uitspraak werd geen gewag gemaakt van een deskundigenrapportage die erop wees dat het slachtoffer reeds vóór het ongeval was overleden. Daarnaast werd niet vermeld dat de verdachte, die zich volgens het vonnis onkwetsbaar kon menen, wekenlang in een coma had gelegen.

<sup>1045</sup> Zie paragraaf 6.5.4. De vraag wordt opgeworpen of de bewijskracht die wordt toegeëcht aan uitspraken als het zich *koste wat kost* aan de politie willen onttrekken niet wat wordt overschat.

<sup>1046</sup> Zie zaak 4d (Lees de krant!): HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6631, NJ 2009, 111. Het Hof wenst de remmanoeuvre van de verdachte niet op te vatten als een op het vermijden van een ongeval gerichte gedraging. Volgens het Hof blijkt uit niets met welke bedoeling de verdachte heeft geremd. Zie paragraaf 6.5.3 en 8.5.4.2.f.

<sup>1047</sup> Zie zaak 3c (Kanaal): HR 29 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4736, NJ 2010, 117. Het Hof spreekt vrij van opzet op de dood van het dochttertje van de verdachte, terwijl het wel opzet op de dood van zijn vrouw aanneemt. Zie paragraaf 6.4.3.

<sup>1048</sup> Zie de in paragraaf 6.6.3 weergegeven zaak 5c (Inkeermomenten): Hof Arnhem 18 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BC7837. Het Hof wijst op een viertal momenten “waarop verdachte tot bezinning had kunnen en moeten komen”.

<sup>1049</sup> Zie de in paragraaf 6.8 besproken zaak 7b (Spekstenen): rechtbank Utrecht 2 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM2388. De motoragent die de auto van waaruit stenen werden gegooid achtervolgde, zag daarin kennelijk geen reden de achtervolging te staken. Zie ook de conclusie van Advocaat-Generaal Knigge bij HR 27 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:132 (punt 5.15), waarin hij opmerkt: “Zoveel doodsverachting lijkt mij het opsporingsbelang toch niet waard te zijn.”

bezwaren hebben in sommige gevallen ook bijgedragen aan mijn oordeel dat strijd bestond met het in dubio pro reo-beginsel.

Het verdient opmerking dat de in hoofdstuk 6 besproken voorbeeldzaken niet geselecteerd zijn op door mij gepercipieerde zwakten in het bewijsoordeel. Het hoofdstuk geeft naar mijn mening een goed beeld van de zeven categorieën waarin doodslagopzet in het verkeer wordt aangenomen. In het kader van dit onderzoeksproject heb ik de 'Database opzet in het verkeer' opgezet.<sup>1050</sup> Deze database beoogt onder meer een overzicht te geven van alle gepubliceerde zaken waarin (poging tot) doodslag in het verkeer is ten laste gelegd. Al deze zaken zijn gecategoriseerd op basis van relevante kenmerken. Ik heb alle in de database opgenomen zaken daarom intensief bestudeerd. Mijn stelling dat de meeste bewezenverklaringen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer ongegrond zijn, is niet beperkt tot de in hoofdstuk 6 besproken voorbeeldzaken. Het oordeel heeft betrekking op alle mij bekende veroordelingen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer.

Hoewel de in hoofdstuk 6 opgenomen voorbeeldzaken een adequaat beeld geven van de veroordelingen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer, is daarmee niet gezegd dat dit beeld representatief is voor de feitenrechtspraak als geheel. In paragraaf 2.2 heb ik er reeds op gewezen dat in de context van (poging tot) doodslag in het verkeer sprake is van grote rechtsongelijkheid. Er bestaan aanzienlijke verschillen in de wijze waarop vergelijkbare zaken worden afgedaan door verschillende feitenrechters. De feiten en omstandigheden die in de in hoofdstuk 6 besproken zaken aanleiding vormden tot een veroordeling hadden heel goed tot een vrijspraak kunnen leiden indien de zaak door een andere feitenrechter was beoordeeld. Het verschil in opvatting binnen de feitenrechtspraak (en het Openbaar Ministerie) levert naar mijn mening een aanvullend argument op voor het koesteren van twijfel.<sup>1051</sup> Dit wijst erop dat ook andere juristen niet zonder meer overtuigd zijn van de aanwezigheid van opzet.

### 8.6.3 Waarom nemen feitenrechters wél opzet aan?

#### 8.6.3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf heb ik de stelling geponeerd dat de meeste bewezenverklaringen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer in strijd zijn met het in dubio pro reo-beginsel. Mijn oordeel dat in bepaalde zaken sprake is van een ongegronde bewezenverklaring staat noodzakelijkerwijs haaks op het oordeel van de feitenrechters die in de betreffende zaken tot een bewezenverklaring zijn gekomen. De feitenrechter is bij de bewijsbeslissing immers ook gebonden aan het in dubio pro reo-beginsel.

<sup>1050</sup> De database is online toegankelijk via <[www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research](http://www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research)>.

<sup>1051</sup> Zie paragraaf 8.3.5.



In deze paragraaf bespreek ik vier mogelijke oorzaken van dit verschil in opvatting. Deze oorzaken zijn voor een deel reeds aan de orde gesteld in paragraaf 2.7. In die paragraaf stond de rechtsongelijkheid binnen de feitenrecht-spraak centraal: waarom leiden vergelijkbare (of gelijke) zaken tot een ander oordeel? In de onderhavige paragraaf staat het verschil tussen mijn oordeel en de oordelen van veroordelende feitenrechters centraal. Ik zal vier hypothesen bespreken. De eerste hypothese houdt in dat feitenrechters hun oordeel hebben gevormd op basis van een andere informatiepositie dan ik (paragraaf 8.6.3.2). De tweede hypothese behelst dat feitenrechters de validiteit van bewijsrechtelijke inferentieregels anders dan ik beoordelen (paragraaf 8.6.3.3). De derde hypothese is dat feitenrechters bij een lagere overtuigingsgraad overgaan tot een bewezenverklaring dan ik voor juist houd (paragraaf 8.6.3.4). De vierde hypothese houdt in dat feitenrechters het begrip voorwaardelijk opzet anders interpreteren dan ik (paragraaf 8.6.3.5). Ten slotte sta ik in paragraaf 8.6.3.6 stil bij de mogelijkheid dat het verschil in opvatting door meerdere oorzaken verklaard kan worden.

#### *8.6.3.2 Een andere informatiepositie*

In paragraaf 8.2.3 wees ik reeds op een methodologische voetangel die kleefte aan het rechtstreeks toetsen van het oordeel van de feitenrechter aan het in dubio pro reo-beginsel. Buitenstaanders beschikken doorgaans over een slechtere informatiepositie dan de feitenrechters die de zaak hebben beoordeeld. De feitenrechters hebben zich onder meer kunnen baseren op het gehele dossier, de visie van het Openbaar Ministerie, de verweren van de verdediging en het onderzoek op de terechtzitting. Het verschil in informatiepositie is het grootst indien er alleen een verkorte uitspraak ex art. 365a Sv gepubliceerd is. In dat geval zijn de bewijsmiddelen niet kenbaar.

Mij zou verweten kunnen worden dat een op een slechte informatiepositie gebaseerd persoonlijk oordeel wordt afgezet tegen een op een goede informatiepositie gegrond oordeel van de feitenrechter. Dat standpunt is niet geheel zonder grond. Het kan inderdaad niet worden uitgesloten dat ik in sommige gevallen tot een ander oordeel zou zijn gekomen indien ik had beschikt over de informatie van de feitenrechter in kwestie. Alles overziend ben ik echter van mening dat dat slechts zelden het geval zou zijn geweest. Ik bespreek de vier belangrijkste redenen daarvoor.

In de eerste plaats geldt dat in de regel tamelijk veel relevante informatie beschikbaar is. Dat is in het bijzonder het geval als de uitspraak uitgewerkt is, zodat de bewijsmiddelen kenbaar zijn. Maar ook als dat niet het geval is, dan geeft de motivering van het opzet doorgaans nog steeds een behoorlijk beeld van de feiten en omstandigheden die de feitenrechter ten grondslag heeft gelegd aan het aannemen van opzet. Daarnaast geeft de verwerping van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt soms inzicht in de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal. Ten slotte is regelmatig meer informatie beschikbaar uit secundaire bronnen. Daarbij kan gedacht worden aan andere

uitspraken in dezelfde zaak, de conclusie van de Advocaat-Generaal in cassatie, het cassatiemiddel, krantenartikelen over de zaak en openbare bronnen zoals Google Maps.

De tweede reden waarom ik meen dat ik mijn oordeel in de regel niet zou hebben gewijzigd, is dat mijn oordeel in veel gevallen juist aansluit bij de feiten en omstandigheden zoals die door de feitenrechter zijn vastgesteld. Het verschil is gelegen in het feit dat ik op basis van psychologische theorieën, statistische informatie of algemene ervaringsregels een andere betekenis dan de feitenrechter toeken aan dezelfde feiten en omstandigheden.

De derde reden waarom ik meen dat ik mijn oordeel meestal niet zou hebben gewijzigd, heeft te maken met het eenzijdige karakter van de veroordelende uitspraak. Hoewel de feitenrechter zijn overtuiging dient te baseren op zowel belastend als ontlastend bewijsmateriaal,<sup>1052</sup> ligt bij de motivering van een bewezenverklaring de nadruk sterk op belastend bewijsmateriaal. Art. 359 lid 3 Sv bepaalt dat de bewezenverklaring moet steunen op de inhoud van in de uitspraak opgenomen bewijsmiddelen, houdende daartoe redengevende feiten en omstandigheden. In de bewijsmotivering legt de feitenrechter de koppeling tussen de – al dan niet in de uitspraak opgenomen – bewijsmiddelen en het bewezen verklaarde. Nu is het op zichzelf beschouwd mogelijk dat de feitenrechter – al dan niet naar aanleiding van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt – in de uitspraak uitgebreid stilstaat bij ontlastend bewijsmateriaal dat hem niet heeft genoopt tot redelijke twijfel. In de door mij beoordeelde zaken kwam het echter slechts zelden voor dat in de uitspraak serieus aandacht werd besteed aan ontlastend bewijsmateriaal.

Het eenzijdige karakter van veroordelende uitspraken laat zich illustreren aan de hand van de in paragraaf 6.3 besproken zaak 2b (Laadbak).<sup>1053</sup> In deze zaak was de verdachte met zeer hoge snelheid tegen twee bomen aangevaren. Uit het vonnis komt naar voren dat het slachtoffer, dat zich in de laadbak bevond, als gevolg daarvan is overleden. De rechtbank veroordeelde de verdachte wegens doodslag. De rechtbank betrok de stelling dat de verdachte zich veilig en onkwetsbaar kon menen in de door hem bestuurde Nissan Patrol. De rechtbank verwierp daarom het verweer van de raadsman dat hij ook zijn eigen dood op de koop zou hebben moeten toenemen. De overtuigingskracht van het vonnis is minder groot als acht wordt geslagen op informatie die niet in het vonnis is opgenomen. In de eerste plaats valt in over de zaak verschenen krantenberichten te lezen dat de verdachte na het ongeval wekenlang in een coma heeft gelegen.<sup>1054</sup> De stelling van de rechtbank dat de verdachte zich veilig en onkwetsbaar kon menen in het voertuig, lijkt tegen die achtergrond voor betwisting vatbaar. In de tweede plaats blijkt uit het arrest van het Hof dat er een deskundigenrapportage was die erop wees dat het slachtoffer reeds vóór het ongeval was overleden. Het Hof sprak daarom vrij

---

<sup>1052</sup> Zie paragraaf 2.3.

<sup>1053</sup> Rechtbank Den Bosch 6 juni 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AT7532.

<sup>1054</sup> Zie bijv. Soeteman 2005, 'Vijf jaar celstraf voor mysterieuze dodenrit bijrijder'.

van doodslag. Het lijkt erop dat deze informatie ook reeds beschikbaar was in eerste aanleg.<sup>1055</sup>

Het eenzijdige karakter van veroordelende uitspraken blijkt ook uit de wijze waarmee wordt omgegaan met verklaringen van de verdachte. Het gebeurt regelmatig dat een belastende uitspraak van de verdachte gebruikt wordt voor het bewijs van opzet. Daarbij kan gedacht worden aan een verklaring van de verdachte dat hij zich koste wat kost aan de politie wilde onttrekken.<sup>1056</sup> Als de verdachte echter een uitspraak doet die potentieel ontlastend is, dan valt daar in de regel niets over in de uitspraak terug te lezen. In sommige gevallen blijkt dan uit een andere bron dat de verdachte zich op potentieel ontlastende wijze heeft uitgelaten.<sup>1057</sup>

Het wil mij voorkomen dat veroordelende uitspraken in de regel (sterk) vertekend zijn in de richting van feiten en omstandigheden die redengevend zijn voor de bewezenverklaring. Aan feiten en omstandigheden die zouden kunnen nopen tot twijfel wordt in veroordelende uitspraken zelden een prominente plaats toegekend. Tegen deze achtergrond meen ik dat ik in de meeste gevallen mijn oordeel niet zou hebben gewijzigd indien ik beschikt had over een betere informatiepositie. Als op basis van de voor een veroordeling pleitende feiten al getwijfeld kan worden aan de beslissing, dan ligt het in de rede dat inachtneming van alle feiten zou nopen tot nog meer twijfel.<sup>1058</sup>

De vierde reden waarom ik van mening ben dat ik mijn oordeel meestal niet zou hebben gewijzigd, heeft te maken met de aard van de twijfel. In veel gevallen koester ik beduidend meer twijfel dan de minimaal voor in dubio pro reo vereiste twijfel. Het doet zich zelfs regelmatig voor dat ik er (volledig) van overtuigd ben dat geen sprake is van opzet. De grootte van de twijfel brengt mee dat er behoorlijk wat niet in de uitspraak gepresenteerd belastend bewijsmateriaal aanwezig zou moeten zijn om de twijfel weg te nemen.

---

<sup>1055</sup> Zie De Telegraaf 2007, 'Politie verdoezelde moord'.

<sup>1056</sup> Zie bijv. HR 23 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9594; Hof Arnhem 16 december 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AV4668; en Hof Den Bosch 27 augustus 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB4261. Zie paragraaf 6.5 over dit thema.

<sup>1057</sup> Advocaat-Generaal Machielse wees er in zijn conclusie bij HR 5 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1668 bijvoorbeeld op dat de verdachte ter zitting had verklaard dat hij niet koste wat kost wilde ontkomen. In HR 28 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9804 liet de Hoge Raad een veroordeling wegens doodslag met een vrachtauto in stand. In het arrest van het Hof wordt geen gewag gemaakt van een potentieel ontlastende uitspraak van de verdachte ("Ik dacht toen nergens aan. Ik heb toen niet aan [slachtoffer] gedacht"). In HR 20 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV8241 was de Hoge Raad in deze zaak tot cassatie overgegaan, omdat het Hof deze niet-redengevende verklaring voor het bewijs had gebruikt.

<sup>1058</sup> Daar zou tegenin kunnen worden gebracht dat een veroordelende uitspraak – zeker als het gaat om een verkorte uitspraak – ook niet noodzakelijkerwijs alle argumenten en bewijsmiddelen bevat die voor een veroordeling pleiten. Dat brengt mee dat de overtuigingskracht groter zou zijn als acht werd geslagen op al het belastende materiaal. Ik ga er evenwel van uit dat de afwezigheid van ontlastend materiaal in de regel een grotere invloed heeft op de overtuigingskracht van de uitspraak dan de afwezigheid van extra belastend materiaal.

De vier bovengenoemde redenen brengen mee dat ik meen dat ik in de meeste gevallen mijn oordeel niet zou hebben gewijzigd indien ik beschikt had over de informatie waarover de feitenrechter de beschikking had. Het verschil tussen mijn oordeel en de oordelen van de feitenrechters die tot een veroordeling zijn gekomen, is doorgaans niet te herleiden tot een verschil in informatiepositie. Dat betekent dat het om echte verschillen van mening gaat. De volgende paragrafen zijn gewijd aan de bespreking van een aantal inhoudelijke verschillen.

### *8.6.3.3 Een andere beoordeling van bewijsrechtelijke inferentieregels*

De in paragraaf 8.3, 8.4 en 8.5 ondernomen analyses hebben alle een bewijsrechtelijke inslag. In deze paragrafen heb ik op basis van statistische informatie en psychologische assumpties betoogd dat bepaalde feiten en omstandigheden niet – of niet in voldoende mate – indicatief zijn voor de aanwezigheid van opzet. In paragraaf 8.6.2.3 heb ik aangevoerd dat in sommige gevallen nog aanvullende bewijsrechtelijke redenen zijn aan te wijzen voor mijn twijfel aan de aanwezigheid van opzet.

Het staat buiten kijf dat het verschil tussen mijn oordeel dat bepaalde bewezenverklaringen ongegrond zijn en de oordelen van de feitenrechters in kwestie voor een belangrijk deel te wijten is aan een andere beoordeling van bewijsrechtelijke inferentieregels. Ik wijs op zeven niet door mij onderschreven bewijsrechtelijke assumpties die ontwaard kunnen worden in bepaalde feitelijke oordelen:

1. Dronken rijden gaat gepaard met een aanmerkelijke kans op het veroorzaken van de dood van een ander.
2. Inrijden op een agent gaat gepaard met een aanmerkelijke kans op het veroorzaken van de dood van de agent.
3. Dronken rijden is indicatief voor de bewustheid dat er een aanmerkelijke kans op het veroorzaken van de dood van een ander is.
4. Inrijden is indicatief voor de bewustheid dat er een aanmerkelijke kans op het veroorzaken van de dood van de agent is.
5. De bewustheid van de kans op het intreden van met doodslagopzet samenhangende onwenselijke gevolgen als de eigen dood of de dood van een geliefde zou de verdachte er niet toe aanzetten af te zien van zijn gedraging.
6. Verklaringen in de trant van 'ik wilde koste wat kost ontkomen aan de politie' of bedreigende uitlatingen zijn hoogst indicatief voor de voor opzet vereiste psychische gesteldheid.

7. Ontwijkingsmanoeuvres of remmanoeuvres nopen niet tot de conclusie dat de verdachte een ongeval wilde vermijden.

Deze en andere door mij niet valide geachte bewijsrechtelijke inferentieregels bieden een verklaring voor het verschil tussen mijn oordeel en de oordelen van feitenrechters. Het valt te hopen dat de eerder in dit hoofdstuk verdedigde bewijsrechtelijke assumpties de aanzet vormen tot het voeren van een rationele discussie. Het komt mij voor dat over dit thema gemakkelijker overeenstemming bereikt kan worden dan over de later te bespreken aard van het opzetbegrip. Tegen deze achtergrond is het een geruststellende gedachte als het verschil tussen mijn oordeel en de oordelen van feitenrechters primair te herleiden zou zijn tot bewijsrechtelijke assumpties.

#### *8.6.3.4 Een lagere overtuigingsstandaard (voor opzet)*

In hoofdstuk 2 heb ik betoogd dat het in art. 338 Sv gaat om een ‘rationele overtuiging’. De rechter dient zijn overtuiging te baseren op geoorloofd bewijsmateriaal, zowel in belastende als in ontlastende zin.<sup>1059</sup> De vraag is vervolgens welke overtuigingsgraad minimaal benodigd is voor een bewezenverklaring. In paragraaf 8.4 heb ik bepleit dat de minimaal benodigde overtuigingsgraad op 95 procent dient te worden gesteld. Dat betekent dat de rechter tot vrijspraak moet besluiten als hij, op basis van geoorloofd belastend en ontlastend bewijsmateriaal, tot de conclusie komt dat de kans dat het ten laste gelegde niet waar is groter is dan 5 procent. Het criterium brengt mee dat de kans op schuld ten minste 19 keer (95:5) zo hoog moet worden ingeschat als de kans op onschuld.

Het moet onmiddellijk worden toegegeven dat voor het door mij bepleite criterium geen directe steun is te vinden in de Nederlandse doctrine. Het criterium kan echter wel worden gezien als een concretisering van de hoge mate van waarschijnlijkheid die geëist pleegt te worden in de literatuur.<sup>1060</sup> Ik hecht eraan te benadrukken dat niet overdreven veel betekenis moet worden toegekend aan de precieze grootte van de minimaal benodigde overtuigingsgraad. Het belangrijkste doel van het specificeren van de kansgrootte is gelegen in het bieden van meer duidelijkheid. De in de literatuur gebruikelijke verbale omlinjingen laten wat dat betreft aan duidelijkheid te wensen over. Het belangrijkste doel van de ondergrens van 95 procent zou wel eens kunnen zijn dat duidelijk gecommuniceerd wordt welke overtuigingsgraad absoluut onvoldoende is. Deze ondergrens communiceert duidelijk dat een overtuigingsgraad van 50 of 60 procent bij lange na niet volstaat om tot een bewezenverklaring te komen.

---

<sup>1059</sup> Zie m.n. paragraaf 2.3.

<sup>1060</sup> Zie paragraaf 2.4.

In paragraaf 2.4 is reeds opgemerkt dat er moeilijk een vinger achter te krijgen is welke bewijsstandaard in de rechtspraktijk wordt gehanteerd. De onbepaaldheid van art. 338 Sv en het feit dat de gehanteerde standaard zich in wezen aan toetsing door de Hoge Raad onttrekt, maken het goed denkbaar dat verschillende rechters verschillende standaarden toepassen. In paragraaf 2.7.4 heb ik vervolgens uiteengezet dat uit Amerikaans empirisch onderzoek blijkt dat er een grote spreiding zit in de kansgroottes die door rechters voldoende worden geacht voor een bewezenverklaring. In het daar aangehaalde onderzoek varieert de minimaal benodigde overtuigingsgraad tussen de 50 procent en 100 procent (met een gemiddelde van 90 procent).

Tegen de achtergrond van het bovenstaande acht ik het niet ondenkbaar dat in de Nederlandse rechtspraktijk soms een (beduidend) lagere overtuigingsstandaard wordt gehanteerd dan de door mij bepleite ondergrens van 95 procent. Het verdient overigens opmerking dat ik in veel gevallen beduidend meer twijfel koester dan de minimaal voor in dubio pro reo vereiste twijfel. In die gevallen kan het verschil tussen mijn oordeel en de oordelen van de feitenrechters moeilijk verklaard worden door het hanteren van een lagere overtuigingsstandaard. In gevallen waarin ik minder twijfel koester ten aanzien van de aanwezigheid van opzet, kan het verschil wellicht mede verklaard worden door het hanteren van een andere bewijsstandaard.

In paragraaf 2.4 heb ik de opvatting verdedigd dat de vereiste overtuigingsgraad niet afhankelijk gesteld zou moeten worden van het bewijsthem. Ik zou mij echter kunnen voorstellen dat de verleiding een lage overtuigingsstandaard te hanteren zich gemakkelijker doet gevoelen in de context van voorwaardelijk opzet dan in de context van de *actus reus*. Hoewel ik de sceptische stelling dat opzet in psychische zin volstrekt onkenbaar is niet onderschrijf, valt niet te ontkennen dat bij voorwaardelijk opzet vaak een behoorlijke sprong gemaakt moet worden.<sup>1061</sup> Hoe zeker kunnen we er ooit op basis van uitsluitend gedragingen van zijn dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans op de dood van een agent aanvaardde toen hij op hem inreed? Het fascinerende van de aan voorwaardelijk opzet klevende onzekerheid is dat de onjuistheid van een bewezenverklaring evenmin sluitend kan worden aangetoond. De rechter die tot een (cassatiebestendige) bewezenverklaring van opzet komt op basis van een te lage overtuigingsgraad hoeft niet te vrezen dat later op basis van ander bewijsmateriaal aangetoond kan worden dat het bewezen verklaarde toch niet waar was. Dat maakt het gemakkelijker om de sprong te wagen. Daar komt bij dat de verdachte, ook als in werkelijkheid geen sprake zou zijn van opzet, toch niet onschuldig in juridische zin is.<sup>1062</sup> De gedraging van de verdachte is in dat geval slechts verkeerd gekwalificeerd (bijvoorbeeld 'doodslag' in plaats van het 'roekeloos veroorzaken van de dood'). De omstandigheid dat de verdachte hoe dan ook niet 'echt' onschuldig is, maakt het ook gemakkelijker om de sprong te wagen.

<sup>1061</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 271-296 over de bewijsbaarheid van een psychische gesteldheid.

<sup>1062</sup> Zie paragraaf 8.6.4.3 en 8.6.4.4 over 'schuldige' onschuldigen.

### *8.6.3.5 Een andere interpretatie van opzet*

#### *8.6.3.5.a Inleiding*

In paragraaf 8.2.4 stond de toetsingsgrondslag van de feitelijke uitspraken centraal. Ik heb betoogd dat er slechts één juiste interpretatie van opzet is, maar dat onduidelijkheid bestaat over de vraag wat de enige juiste interpretatie van opzet is. In dit hoofdstuk heeft mijn eigen feilbare poging om een juiste interpretatie van opzet te geven als toetsingsgrondslag gefungeerd. Het is daarbij mijn hoop dat ik het onbereikbare ideaalbeeld van de juiste interpretatie zo dicht mogelijk benaderd heb.

Het verschil tussen mijn oordeel dat bepaalde bewezenverklaringen ongegrond zijn en de oordelen van de feitenrechters in kwestie kan (deels) te wijten zijn aan een andere interpretatie van het opzetbegrip. Uit hoofdstuk 3, 4, 5 en 7 kan blijken dat het verre van duidelijk is hoe opzet volgens de Hoge Raad en de doctrine moet worden geïnterpreteerd. Tegen deze achtergrond is het goed denkbaar dat feitenrechters uitgaan van diverse, behoorlijk van elkaar verschillende interpretaties van opzet.<sup>1063</sup> In het verlengde daarvan is het goed mogelijk dat de interpretaties van sommige feitenrechters afwijken van de interpretatie die ik ten grondslag heb gelegd aan de toetsing van de uitspraken. Hieronder bespreek ik twee mogelijke verschillen. In paragraaf 8.6.3.5.b bespreek ik de hypothese dat feitenrechters uitgaan van een lagere ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans'. In paragraaf 8.6.3.5.c sta ik stil bij de vraag of feitenrechters stiekem uitgaan van een normatief (niet-psychisch) opzetbegrip.

#### *8.6.3.5.b Een lagere ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans'*

In paragraaf 7.4 heb ik, mede naar aanleiding van empirisch onderzoek onder praktijkjuristen, betoogd dat de ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans' op 50 procent gesteld zou moeten worden. Deze ondergrens geldt zowel voor de aanmerkelijke kans in objectieve als subjectieve zin.

Aangezien deze 'nieuwe' interpretatie niet geworteld is in rechtspraak en doctrinaire opvattingen, heeft zij uiteraard niet als richtsnoer voor de feitenrechter kunnen fungeren. Hetzelfde doet zich tot op zekere hoogte voor als de Hoge Raad de feitenrechter de maat neemt op basis van een nieuwe interpretatie. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de nieuwe koers die de Hoge Raad insloeg in het Tongzoon II-arrest: een afgedwongen tongzoon kon voortaan niet meer als 'verkrachting' in de zin van art. 242 Sr worden gekwali-

---

<sup>1063</sup> Zie paragraaf 2.7.2.

ficeerd.<sup>1064</sup> Dat bracht volgens de Hoge Raad mee dat de feitenrechter het bewezen verklaarde “ten onrechte” had gekwalificeerd als verkrachting.

Het Tongzooen II-arrest illustreert dat het aanduiden van een uitspraak als ‘onjuist’ of ‘ongegrondd’ niet noodzakelijkerwijs betekent dat de feitenrechter daarvan een verwijt valt te maken. Het Hof had in het gecasseerde arrest namelijk aangesloten bij vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. Met betrekking tot het begrip ‘aanmerkelijke kans’ is het belangrijkste probleem dat grote onduidelijkheid bestaat over de interpretatie van het begrip. De feitenrechter is wat dit onderwerp betreft ook aan de leeuwen overgeleverd. Het feit dat de auteur van een gezaghebbend handboek, die bovendien lid is van de Hoge Raad, stelt dat het beter is om het begrip niet te expliciteren, is in dat verband illustratief.<sup>1065</sup>

In het in paragraaf 7.4 beschreven empirische onderzoek onder praktijkjuristen komt naar voren dat grote verschillen bestaan over de vraag hoe het begrip ‘aanmerkelijke kans’ geïnterpreteerd zou moeten worden. Het verdient opmerking dat het onderzoek geen betrekking had op de feitelijke vraag hoe het begrip door de ondervraagden werd geïnterpreteerd, maar op de vraag hoe het begrip geïnterpreteerd zou moeten worden naar de opvatting van de ondervraagden. De uitkomsten van dit onderzoek zijn dus niet zonder meer maatgevend voor de wijze waarop het begrip in de rechtspraak wordt geïnterpreteerd. Dat neemt niet weg dat het bepaald niet denkbeeldig is dat feitenrechters het begrip ‘aanmerkelijke kans’ impliciet of expliciet verschillend interpreteren.<sup>1066</sup>

In paragraaf 8.3 en 8.4 heb ik uiteengezet dat de kansgroottes bij de daar geanalyseerde verkeersdelicten in de regel zo klein zijn dat een substantieel lagere ondergrens dan 50 procent tot hetzelfde resultaat zou leiden.<sup>1067</sup> Het verschil tussen mijn oordeel en de oordelen van feitenrechters zal in zulke gevallen niet uitsluitend verklaard kunnen worden door een andere interpretatie van de ondergrens. In gevallen waarin de objectieve kans op de dood behoorlijk groot is (doch kleiner dan 50 procent), zal het hanteren van een lagere ondergrens echter wel een verklaring kunnen vormen.

Wat geldt voor de kans in objectieve zin, geldt eveneens voor de kans in subjectieve zin. In de door mij verdedigde interpretatie kan alleen voorwaardelijk opzet worden aangenomen als de verdachte ten minste beschikt heeft over een overtuigingsgraad van 50 procent ten aanzien van het veroorzaken van de dood van een ander. Feitenrechters die genoeg nemen met de bewustheid van een veel kleinere kans zullen eerder tot een bewezenverklaring van opzet kunnen komen. Ook hier geldt dat het verschil tussen mijn oordeel

<sup>1064</sup> HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653. Zie ook HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1431 (Tongzooen III).

<sup>1065</sup> Zie De Hullu 2015, ‘Materieel strafrecht’, p. 240-241. Zie hierover paragraaf 7.4.

<sup>1066</sup> Ik acht het niet uitgesloten dat een diffuus begrip als ‘aanmerkelijke kans’ door rechters wordt toegepast zonder dat bij hen een duidelijk beeld bestaat omtrent de betekenis daarvan. Zie hierover paragraaf 7.4 (voetnoot 795). In dat geval zou gezegd kunnen worden dat de feitenrechters *impliciet* uitgaan van een bepaalde interpretatie.

<sup>1067</sup> Zie paragraaf 8.3.4, 8.3.5, 8.4.6.2 en 8.4.6.3.



en de oordelen van feitenrechters in de regel niet uitsluitend verklaard zal kunnen worden door een andere interpretatie van de ondergrens. Ik ga ervan uit dat de verdachte in de meeste gevallen hetzij beschikt heeft over een zeer lage overtuigingsgraad, hetzij dat hij in het geheel niet gedacht heeft aan de dood van een ander. Dat betekent dat een lagere ondergrens, bijvoorbeeld de in mijn proefschrift verdedigde ondergrens van 10 procent, evenmin zou nopen tot het aannemen van opzet.

#### *8.6.3.5.c Een normatief opzetbegrip*

Ik ben er bij de in dit hoofdstuk ondernomen toetsing van uitgegaan dat opzet een psychisch begrip is. Dat houdt in dat bij het bewijs van opzet een uitspraak gedaan moet worden over de psychische gesteldheid van de verdachte. Het psychische karakter van opzet was met name van belang in paragraaf 8.5, waar het bewijs van opzet geanalyseerd werd in het raamwerk van de kansintegratietheorie. Ik kwam daar tot de conclusie dat doorgaans niet buiten redelijke twijfel staat dat de verdachte heeft beschikt over de voor opzet vereiste psychische gesteldheid. Ook in de primair aan de objectieve kans gewijde paragrafen 8.3 en 8.4 ben ik tot de conclusie gekomen dat het bewijs van de subjectieve kans (bewustheid) problematisch is.<sup>1068</sup>

De visie dat opzet een psychisch begrip is, kan gecontrasteerd worden met de visie dat opzet een normatief (niet-psychisch) begrip is.<sup>1069</sup> In de normatieve visie kan ook tot een bewezenverklaring van opzet worden gekomen indien de verdachte niet heeft beschikt over een bepaalde psychische gesteldheid. Peters is een belangrijke vertolker van de normatieve opzettheorie.<sup>1070</sup> Volgens Peters is opzet niets anders dan het toekennen van sociale betekenis aan de gedraging van de actor. De onderstaande twee citaten geven een indruk van de door Peters verdedigde normatieve benadering:

“Opzet wordt meestal opgevat in psychologische, feitelijke zin. Het is echter niet noodzakelijk om het zo te zien. Opzet kan worden opgevat als uitdrukking van de intentionele gerichtheid van het gedrag op het gevolg. Deze doelgerichtheid bepaalt de gedraging. Men herkent een gedraging als doodschieten vóórdat men onderzocht heeft of er bij de dader opzet was in psychologische zin. (...) Zo’n gedraging heeft reeds de objectieve, sociale betekenis van ‘een ander opzettelijk van het leven beroven’, ongeacht de subjectieve bedoeling

---

<sup>1068</sup> Zie paragraaf 8.3.6 en 8.4.6.5.

<sup>1069</sup> Zie paragraaf 3.4.4. Zie ook Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 233-346. Zie echter De Jong 2009, ‘Daad-Schuld’, p. 35 en 298. Hij betoogt op basis van door mij niet geheel navolgbare redenen dat de tegenstelling tussen een psychisch en een normatief opzetbegrip gebaseerd is op een onjuist begrip van het intentionele.

<sup>1070</sup> Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’. Zie voor een uitgebreide beschrijving: Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 241-252 en De Jong 2009, ‘Daad-Schuld’, p. 21-29 en 363-371.

van de dader. Evenals een warme handdruk de betekenis heeft van vriendelijk, ongeacht de subjectieve bedoeling van degeen die de handdruk geeft, heeft deze gedraging de betekenis van opzettelijk, ongeacht de subjectieve bedoeling van degeen die schiet. Opzettelijk wordt dan normatief gebruikt, evenals vriendelijk.”<sup>1071</sup>

“Wat is nu de praktische betekenis van dit inzicht? Ik meen dat de betekenis van een normatieve opvatting van het opzet vooral hierin is gelegen, dat zij het aannemen door de rechter van opzet kan verklaren in allerlei gevallen waarin dat bij een psychologische opvatting van opzet zeer dubieus is. Bij een normatieve opvatting van het opzet komt duidelijk naar voren dat het steeds gaat om de sociale betekenis van het gedrag. De vraag is niet: wat dacht of wat wilde de dader toen hij schoot?, maar: pleegde hij een doodslag!”<sup>1072</sup>

Volgens Peters is opzet dus niets anders dan het toekennen van sociale betekenis aan de gedraging van de actor. Dat betekent dat het mogelijk is de sociale betekenis van doodslagopzet toe te kennen aan een gedraging, hoewel geen sprake is van opzet (in psychische zin).<sup>1073</sup> Indien opzet opgevat wordt als de aan een gedraging toe te kennen sociale betekenis, dan is het de vraag hoe het begrip ‘sociale betekenis’ moet worden gedefinieerd. Welke gedraging of combinatie van gedragingen heeft de sociale betekenis van doodslagopzet?

Advocaat-Generaal Meijers geeft in zijn conclusie bij het Porsche-arrest een aanzet tot definiëring in de verkeerscontext. Hij betwist de in het middel opgeworpen punten ten aanzien van het gebrek aan redengevendheid van het alcoholgebruik en het ten onrechte bij het bewijs van opzet betrekken van eerder rijgedrag. Meijers betoogt dat het Hof het feit dat de verdachte behoorlijk wat alcoholhoudende drank had gebruikt terecht redengevend heeft geacht voor het bewijs van opzet. Hij wijst er daarbij op dat het gaat om een complex van ernstige en gevaarlijke gedragingen. Vervolgens gaat Meijers in op de vraag welke gedragingen van belang zijn voor de beoordeling van opzet:

“Het eerste punt (alleen het rijgedrag *bij* en niet dat *vóór* de aanrijding is relevant) is evenmin moeilijk te pareren. Het beeld van het rijden van verzoeker wordt bepaald door de omstandigheden, die het hof vermeldt. Die omstandigheden horen bij elkaar. Zij verraden de mentaliteit van een cynisch en rücksichtslos op de koop toenemen van ernstige gevolgen, zoals die op een drukke weg te verwachten zijn. Deze, uit de vastgestelde verkeersgedragingen van verzoeker sprekende, mentaliteit mag (ik zou haast zeggen: moet) in strafrechtelijke zin vooral uit maatschappelijke overwegingen, die met repressie en met zowel speciale als generale preventie te maken hebben, worden ver-

<sup>1071</sup> Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 45-46.

<sup>1072</sup> Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 117.

<sup>1073</sup> Dit wordt kernachtig verwoord in de Engelse samenvatting. Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 315 stelt: “It is possible, then, that an act has the meaning of ‘intentional homicide’, just because what has been done ‘goes for’ intentional homicide, although the actor did not have the intention to kill.”

taald in opzet, al dan niet in zijn ‘voorwaardelijke’ vorm. Vgl. A.A.G. Peters in Opzet en schuld in het strafrecht (1966), p. 114. Het middel komt tevergeefs tegen het feitelijke en, in het licht van de vastgestelde omstandigheden, geheel begrijpelijke oordeel van het hof op, zodat ook dit onderdeel faalt.”<sup>1074</sup>

Meijers zoekt aldus aansluiting bij Peters’ normatieve opvatting van opzet.<sup>1075</sup> Hij gaat daarbij wel een behoorlijke stap verder. Hoewel Peters opzet inderdaad wenst te herleiden tot het toekennen van sociale betekenis aan een gedraging, meent hij evenzeer dat bij het toeschrijven van het in zijn ogen kleurloze begrip opzet niet moet worden vooruitgelopen op de schuldvraag.<sup>1076</sup> Bij Meijers loopt de lijn van gedrag (onder meer dronken door rood licht rijden) naar het opzet (sociale betekenis) via de verwijtbaarheid (een cynische en rücksichtsloze mentaliteit). Meijers zoekt de rechtvaardiging voor het aannemen van opzet (het toekennen van sociale betekenis) in de buiten de verdachte gelegen factoren repressie en preventie. Dit sluit weer aan bij Peters’ interpretatie van het schuldbegrip. Peters’ visie komt er in essentie op neer dat iemand schuld heeft als verwacht mag worden dat het opleggen van straf een speciaal preventief effect heeft.<sup>1077</sup> Al met al kan geconcludeerd worden dat Meijers’ visie op opzet het bijzonder gemakkelijk maakt tot een bewezenverklaring te komen. De voor opzet vereiste (ernstige) verwijtbaarheid kan afgeleid worden uit een constellatie van factoren die zich gedurende een behoorlijke tijdspanne hebben gemanifesteerd. In de ogen van Meijers was het onderdeel van het Hof daarom ook geheel begrijpelijk.

In zijn in 1997 gepubliceerde bespreking van het Porsche-arrest sluit De Hullu aan bij de benadering van Peters en Meijers.<sup>1078</sup> De Hullu bekritiseert de psychologische benadering van de Hoge Raad.<sup>1079</sup> Hij geeft de voorkeur aan een benadering waarbij opzet juridisch wordt toegerekend:

“Uit het totale verkeersgedrag kan in mijn ogen ook onverschilligheid (en dus het ontbreken van concrete verwachtingen) worden afgeleid. Men zou ook kunnen zeggen: wezenlijke onverschilligheid, waar het hier om lijkt te gaan, laat zich moeilijk psychologiseren (maar is wel voldoende voor opzet). (...)

Mij lijkt dat bij deze verkeerszaken – die in wezen een gevaarszettingsdelict betreffen – doorgaans de nadruk zal moeten liggen op het gedrag en wat

---

<sup>1074</sup> Conclusie Advocaat-Generaal Meijers bij HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199 (punt 7).

<sup>1075</sup> Zie paragraaf 3.4.4.

<sup>1076</sup> Zie Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 89-92, 114-116, 121 en 142-145. Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 241-252.

<sup>1077</sup> Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 249.

<sup>1078</sup> De Hullu 1997, ‘Opzet en schuld in het verkeer’.

<sup>1079</sup> Ook Otte levert kritiek op de psychologische benadering van de Hoge Raad. Hij breekt eveneens een lans voor een normatieve benadering van opzet. Zie Otte 2001, ‘Opzet en schuld in het verkeer’, p. 5-12. De visie van Otte is aan bod gekomen in paragraaf 5.2.4.4.

daar naar *algemene* ervaringsregels uit af te leiden valt. Onvoorzichtig gedrag in gradaties, roekeloos gedrag en verkeersgedrag waaruit een (totale) onverschilligheid spreekt, leiden dan tot betrekkelijk geobjectiveerde oordelen over opzet of schuld. In de jurisprudentie over het culpose verkeersdelict is dat algemeen aanvaard (...).

Een dergelijke (...) objectivering van opzet en schuld heeft nog twee aspecten die moeten worden vermeld. In de eerste plaats maakt het goed duidelijk dat deze bestanddelen niet alleen en misschien zelfs niet in de eerste plaats een psychische gesteldheid uitdrukken. Het gaat bij opzet en schuld vooral om een voorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid; opzet en schuld hangen nauw samen met juridische toerekening (...). De Hoge Raad had in het onderhavige arrest met andere woorden meer het normatieve aspect van opzet kunnen en in mijn ogen ook moeten betrekken (zie hierover (...) A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (...) en de conclusie van A-G Meijers).

Een tweede aspect van objectivering hangt daarmee samen: bij deze benaderingswijze zijn opzet en schuld gemakkelijker te beschouwen als verschillende gradaties van aansprakelijkstelling. Opzet is ernstig en schuld is minder ernstig. Dat acht ik een aantrekkelijk schema (...). In de redeneerwijze van de Hoge Raad is zo'n gradueel schema veel moeilijker te construeren, omdat er een scherpe tegenstelling tussen opzet en schuld wordt gecreëerd (...).

Wanneer opzet en schuld meer als gradaties van verantwoordelijkheid worden gezien, is bovendien minder problematisch dat de scheidslijn tussen voorwaardelijk opzet en de zogenaamde bewuste schuld niet scherp te trekken is, omdat een vloeiende overgang in zo'n schema past. Zeker bij levensgevaarlijk rijgedrag zullen dergelijke grensgevallen zich overigens vaak voordoen. Ook om deze reden heb ik moeite met de psychische, weinig geobjectiveerde inkleuring van opzet en schuld in dit arrest. (...)

[Mij overtuigt] in concreto niet de gedetailleerde en psychisch getinte invulling die de Hoge Raad hier aan opzet heeft gegeven. Uiteindelijk meen ik met A-G Meijers dat een andere beslissing – waarbij het feitelijk oordeel van het Hof in stand was gelaten – de voorkeur zou hebben verdiend. Daarbij zou aan het gehele complex van verkeersgedragingen meer gewicht zijn toegekend. Zo'n andere beslissing zou meer recht hebben gedaan aan het juridische karakter als toerekeningsmaatstaf dat in de huidige strafrechtspleging (ook) aan opzet is verbonden, het zou in mijn ogen beter passen bij de hoofdlijnen van de hedendaagse rechtspraak en het zou – zo op papier te zien – tot een goede uitkomst in dit geval hebben geleid.”<sup>1080</sup>

In de benadering van De Hullu wordt opzet gezien als de hoogste graad van verwijtbaarheid in het strafrechtelijk systeem. Vertaald naar het huidige wet-

<sup>1080</sup> De Hullu 1997, 'Opzet en schuld in het verkeer', p. 441-444. Iets van deze kritiek klinkt nog door in De Hullu's bespreking van het Porsche-arrest in zijn handboek. Deze beschouwingen zijn echter minder sterk toegespitst op de aard van het opzetbegrip. Zie De Hullu 2015, 'Materieel strafrecht', p. 249-251.

telijke kader gaat het dan om drie gradaties van verwijtbaarheid: schuld, roekeloosheid en opzet. De Hullu's normatieve benadering brengt mee dat personen die zich hoogst verwijtbaar hebben gedragen, veroordeeld kunnen worden voor een doleus delict, hoewel geen sprake is van opzet in psychische zin. In de ogen van De Hullu zou dat in de Porschezaak en in andere zaken tot 'een goede uitkomst' leiden.

De destijds door De Hullu bepleite normatieve benadering van opzet heeft aantrekkelijke kanten. Hoogst verwijtbaar gedrag kan ook vertaald worden in opzet indien de volgens de psychische opzettheorie vereiste geestesgesteldheid niet aanwezig wordt geacht dan wel niet buiten redelijke twijfel staat. Dat kan in het bijzonder in een behoefte voorzien indien hoogst verwijtbaar gedrag niet heeft geresulteerd in een ernstig gevolg.<sup>1081</sup> Als geen opzet wordt aangenomen, dan kan de verdachte vaak enkel veroordeeld worden voor art. 5 VVW. Dat is een overtreding waarop een maximale vrijheidsstraf van twee maand staat. Het aannemen van doodslagopzet brengt mee dat maximaal tien jaar vrijheidsstraf kan worden opgelegd. Aldus is het beter mogelijk een aan de maatschappelijke strafbehoefte beantwoordende straf op te leggen.<sup>1082</sup>

In mijn proefschrift heb ik betoogd dat de door De Hullu bekritiseerde psychische benadering van de Hoge Raad in lijn is met de belangrijkste interpretatiemethodes.<sup>1083</sup> Een normatieve interpretatie van opzet is in de eerste plaats in strijd met de bedoeling van de wetgever van 1886. In de tweede plaats kan gesteld worden dat deze interpretatie buiten de taalkundige grenzen valt. In de derde plaats verdraagt een normatieve interpretatie zich slecht met het systeem van het Nederlandse strafrecht, waarbij de beoordeling van opzet voorafgaat aan de beoordeling van strafuitsluitingsgronden. Aangezien *schuldmitigerende* factoren het opzet niet aantasten, ligt het evenmin voor de hand dat niet op een geestesgesteldheid betrekking hebbende *schuldverhogende* factoren nopen tot het aannemen van opzet. Opzet is – anders dan schuld – een kleurloos begrip. In de vierde plaats noopt de teleologische interpretatiemethode tot een psychisch opzetbegrip. Een psychische interpretatie van opzet biedt burgers de meeste controle om strafrechtelijke aansprakelijkheid ten aanzien van de zwaarst bestrafbare delicten te vermijden.<sup>1084</sup> Naast deze vier voor een psychisch opzetbegrip pleitende argumenten, heb ik een aantal

---

<sup>1081</sup> Vgl. Van Dijk 2015, 'A cognitivist and volitionist analysis of conditional intent and conscious negligence in traffic cases on the basis of Desirability Maximization Theory', p. 179. In de Porschezaak was de maximumstraf voor het toen van toepassing zijnde art. 36 VVW 1935 vier jaar gevangenisstraf (drie jaar plus één jaar wegens meerdadse samenloop). Een normatieve interpretatie van opzet voorzag toen ook bij ernstige gevolgen, meer dan nu het geval is, in de behoefte om een aan de maatschappelijke strafbehoefte beantwoordende bestraffing mogelijk te maken.

<sup>1082</sup> Zie paragraaf 8.6.5 over de strafwaardigheid van gevaarzetting.

<sup>1083</sup> Zie m.n. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 303-341.

<sup>1084</sup> Deze ratio past overigens goed bij de ontwikkeling waarbij de Hoge Raad hoge eisen stelt aan aansprakelijkheidsvoorwaarden die een strafverhogend effect hebben.

in de literatuur opgeworpen argumenten die pleiten tegen een psychisch opzetbegrip bestreden. De vermeende onkenbaarheid van het psychische, het aannemen van opzet bij rechtspersonen en het toeschrijven van opzet aan psychisch gestoorden zijn in dat verband aan bod gekomen.<sup>1085</sup> Ik heb betoogd dat geen van de argumenten noopt tot een normatieve interpretatie van opzet. Alles in aanmerking genomen valt er dus veel te zeggen voor de in het Porsche-arrest gegeven psychische interpretatie van opzet.

Ik ga er nog steeds van uit dat de psychische opzettheorie de beste interpretatie van het (door de Hoge Raad gehanteerde) opzetbegrip oplevert. Ik wil hier nogmaals benadrukken dat uit het enkele feit dat bij het bewijs van opzet acht wordt geslagen op objectieve feiten en omstandigheden niet volgt dat opzet een normatief begrip is.<sup>1086</sup> Bewijs en inhoud moeten niet met elkaar verward worden. De vraag *wat* moet worden bewezen (materieel recht) en de vraag *hoe* dat moet worden bewezen (bewijsrecht), behoren tot een verschillend domein. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld in de context van een snelheids-overtreding. De norm (er mag niet sneller gereden worden dan 50 kilometer per uur) moet onderscheiden worden van de wijze waarop overtreding daarvan wordt bewezen (laser, radar of getuigenverklaringen). Het snelheidsbegrip is onafhankelijk van de gebruikte meetmethode. Dat neemt uiteraard niet weg dat sommige van de (feilbare) methodes beter zijn dan andere.

In Hiv-arrest I overwoog de Hoge Raad dat acht geslagen kan worden op de uiterlijke verschijningsvorm indien verklaringen van de verdachte of eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan.<sup>1087</sup> Uit deze overweging volgt bepaald niet dat opzet geen psychisch begrip is. Een plausibele interpretatie van de passage is dat de voor opzet vereiste psychische gesteldheid uit verklaringen en gedragingen moet worden afgeleid.<sup>1088</sup> Verklaringen en gedragingen zijn (feilbare) methodes die inzicht beogen te geven in wat zich al dan niet in het hoofd van de verdachte heeft afgespeeld.<sup>1089</sup>

In deze paragraaf staat de vraag centraal of het verschil tussen mijn oordeel en de oordelen van feitenrechters te wijten is aan een andere interpretatie van het opzetbegrip. Het is instructief deze verklaring af te zetten tegen de in paragraaf 8.6.3.3 besproken verklaring. Daar betoogde ik dat feitenrechters soms gebruikmaken van bewijsrechtelijke inferentieregels die niet valide zijn. Deze kritiek betreft de beoordelingsmethode (bewijs van opzet) en niet het beoordelingsobject (interpretatie van opzet). De verklaring die centraal staat in de onderhavige paragraaf heeft betrekking op het opzetbegrip zelf. De kri-

<sup>1085</sup> Zie m.n. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 261-303.

<sup>1086</sup> Zie paragraaf 3.4.4 en 3.5. Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 233-240.

<sup>1087</sup> HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049.

<sup>1088</sup> Vgl. Rozemond 2010, 'Literatuurbespreking: Ferry de Jong, Daad-Schuld', p. 493-494.

<sup>1089</sup> In mijn proefschrift heb ik betoogd dat de voor opzet vereiste psychische gesteldheid in de regel goed kan worden vastgesteld. Zie Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 271-296.

tiek is nu derhalve wel toegespitst op het beoordelingsobject. De hier centraal staande hypothese is dat rechters de bewijsrechtelijke inferentieregels niet gebruiken om een psychische gesteldheid vast te stellen, maar om de verwijtbaarheid van de verdachte te taxeren. Deze hypothese houdt in dat de bewuste feitenrechters een onjuist opzetbegrip aan de beoordeling ten grondslag leggen. De vraag of sommige feitenrechters uitgaan van een normatieve interpretatie van opzet laat zich moeilijk beantwoorden. Het valt niet te verwachten dat feitenrechters het achterste van hun tong zullen laten zien. Een openlijk normatieve benadering<sup>1090</sup> zou vermoedelijk de cassatietoets niet doorstaan.

HR 23 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG4265 is in dat verband illustratief. De ex-partner van de verdachte haalde haar zoontje uit de auto van de verdachte en liep met haar zoontje op de arm voor de auto langs. Vervolgens werden zij aangereden door de verdachte. Het Hof motiveerde voorwaardelijk opzet op de dood door de verdachte te verwijten dat hij zich er niet van had vergewist waar de slachtoffers zich bevonden toen hij vol gas gaf. Vervolgens stelde het Hof: “Verdachte had er rekening mee moeten houden dat [slachtoffers] zich nog in de buurt van de auto bevonden”. De Hoge Raad casseerde, omdat de twee door het Hof gedane vaststellingen niet zonder meer redengevend waren voor het opzet. Volgens de Hoge Raad volgt daaruit immers niet dat de verdachte zich bewust was van de aanmerkelijke kans dat de beide slachtoffers zich voor de auto zouden bevinden.

Het Hof Leeuwarden kwam na terugwijzing wel tot een veroordeling die in cassatie overleefde.<sup>1091</sup> Het Hof leidde uit de bewijsmiddelen af dat de verdachte de slachtoffers had gezien. Vervolgens overwoog het Hof: “Door zijn auto met vol gas vooruit in beweging te brengen terwijl hij wist dat de slachtoffers zich voor de auto bevonden heeft verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat [slachtoffers] zouden komen te overlijden.” De Hoge Raad deed de zaak in dit geval af via art. 81 RO.

De kwetsieuze bewijsoverwegingen van het gecasseerde arrest van het Hof vormen vermoedelijk geen manifestatie van een openlijk normatieve benadering. Het Hof verbond aan de culpoos aandoende overwegingen namelijk de conclusie dat sprake was van bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans op de dood van de slachtoffers. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad in

---

<sup>1090</sup> In mijn proefschrift gaf ik het volgende voorbeeld van een door de Hoge Raad toetsbare, openlijk normatieve bewijsoverweging: “Verdachte verweer dat hij zich niet gerealiseerd heeft dat het slachtoffer mogelijk de dood kon vinden, staat niet in de weg aan een bewezenverklaring van opzet. Opzet is een juridisch begrip dat, anders dan in het spraakgebruik, niet alleen betrekking heeft op iemands geestesgesteldheid. Verdachte handelwijze gaf blijk van een zodanige onverschilligheid met betrekking tot het welzijn van anderen dat in casu ook van opzet kan worden gesproken indien moet worden aangenomen dat verdachte zich niet bewust is geweest van de kans op de dood.” Zie Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 237 (voetnoot 79).

<sup>1091</sup> HR 14 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8774.

dit arrest en in andere arresten laat blijken dat bewijsmotiveringen<sup>1092</sup> of bewijsmiddelen<sup>1093</sup> die suggereren dat de verdachte niet heeft beschikt over de voor opzet vereiste psychische gesteldheid, aanleiding kunnen geven tot cassatie.

Het na terugwijzing gewezen arrest van het Hof vormt een illustratie van een ander punt. Een iets andere selectie en waardering van het bewijsmateriaal en een op de Hoge Raads definitie van voorwaardelijk opzet toegesneden bewijsmotivering waren voldoende om de uitspraak cassatiebestendig te maken.<sup>1094</sup> Het concipiëren van een cassatiebestendige uitspraak is een vrij klinische aangelegenheid. Het is van belang om de juiste terminologie te gebruiken en het is onnodig – en zelfs onverstandig – al te veel inzicht te geven in het opzetbegrip dat ten grondslag is gelegd aan het bewijsoordeel. Het is heel goed mogelijk een bewijsoordeel dat in werkelijkheid is gestoeld op een normatieve interpretatie van opzet van een juiste, op een psychisch opzetbegrip toegesneden motivering te voorzien. Zolang de feitenrechter geen onjuiste terminologie gebruikt en zolang de uitkomst de begrijpelijkheidstoets met betrekking tot feitelijke kwesties kan doorstaan, valt het oordeel buiten het toetsingsbereik van de Hoge Raad. Dat betekent dat de ruimte die de Hoge Raad biedt voor feitelijke oordelen in de praktijk ook plaats kan bieden aan niet-geëxpliciteerde rechtsoordelen. In dat geval worden rechtsoordelen impliciet marginaal getoetst.

De hypothese dat de feitenrechter het er niet altijd om te doen is iets te zeggen over de psyche van de verdachte wordt ook door De Jong opgeworpen in zijn noot onder HR 28 september 2004, NJ 2004, 660:<sup>1095</sup>

“Soms lijkt de rechter niet echt in de psyche van de verdachte te *willen* door-dringen. Ik noem het klassieke voorbeeld van de automobilist die bij een verkeerscontrole met onverminderde snelheid doorrijdt omdat hij niet aange-

<sup>1092</sup> In de volgende arresten werd gecasseerd, omdat de feitenrechter het opzet motiveerde op een wijze die suggereerde dan wel de mogelijkheid openliet dat de verdachte niet heeft beschikt over de voor opzet vereiste psychische gesteldheid: HR 3 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5588; HR 15 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK7085; HR 29 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1062; HR 2 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2574; en HR 14 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:949.

<sup>1093</sup> In de volgende arresten maakte de feitenrechter gebruik van een bewijsmiddel dat niet redengevend is voor opzet: HR 20 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV8241 (verkeerszaak); HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1713; HR 10 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:666; HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:779 (verkeerszaak); en HR 20 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1176 (edoch onvoldoende te respecteren belang als bedoeld in art. 80a RO).

<sup>1094</sup> Zie ook HR 20 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV8241, waarin de Hoge Raad casseerde, omdat een niet-redengevende verklaring van de verdachte (“Ik dacht toen nergens aan. Ik heb toen niet aan [slachtoffer] gedacht”) voor het bewijs was gebruikt. In HR 28 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9804 bleef de veroordeling na verwijzing wegens doodslag met een vrachtauto in stand. In het arrest van de verwijzingsrechter is de uitspraak van de verdachte uiteraard niet meer te vinden.

<sup>1095</sup> Zie ook De Jong 2008, ‘Wetsuitleg in het materiële strafrecht: expliciete en onderhuidse dynamiek’, p. 209-212.



houden wil worden en daarbij inrijdt op een op de weg staande een stopteken gevende agent, die om het vege lijf te redden opzij moet springen. In zulke gevallen wordt gestandaardiseerd vervolgd en veroordeeld voor poging tot doodslag. (...) Op mijn vragen aan diverse groepen rechters of dit altijd zo gaat, wordt steeds bevestigend geantwoord. Hier is derhalve kennelijk sprake van een ander soort standaardprocédé, waarbij de rechter niet meer van belang acht wat deze voor hem staande verdachte op het moment van doorrijden nu precies heeft bezield. (...) Ik stel de enigszins speculatieve vraag of hier misschien onuitgesproken het oordeel of het rechterlijke rechtsgevoel achter zit dat dit gedrag, dat bovendien is gericht tegen de politie, als zeer ernstig moet worden aangemerkt en dus zo enigszins mogelijk onder de bestaande delictsomschrijving van een ernstig misdrijf moet worden gebracht. In ieder geval wordt hier nog verder afstand genomen van opzet als een zuiver innerlijke psychische gesteldheid van de verdachte ten tijde van zijn handeling.”<sup>1096</sup>

Ik ben al sinds vele jaren betrokken bij een tweedaagse SSR-cursus die mede in het teken staat van opzet in het verkeer.<sup>1097</sup> Onderdeel van de cursus is dat de deelnemers zich een oordeel moeten vormen over een gesloten zaak waarin (poging tot) doodslag in het verkeer ten laste is gelegd. Mijn ervaringen zijn in lijn met de observatie van De Jong. Ik acht het daarom bepaald niet uitgesloten dat het verschil tussen mijn oordeel en de oordelen van feitenrechters deels verklaard wordt door het feit dat rechters stiekem uitgaan van een normatief opzetbegrip (cryptonormativisme).<sup>1098</sup> Het enkele feit dat een (cassatiebestendige) bewijsmotivering niet getuigt van een normatieve opvatting betekent in elk geval niet dat het aannemen van opzet zijn verklaring niet vindt in een normatief opzetbegrip.

#### 8.6.3.6 *Besluit*

Naar mijn oordeel zijn de meeste bewezenverklaringen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer in strijd met het in dubio pro reo-beginsel. In deze paragraaf heb ik vier verklaringen voor het verschil tussen mijn oordeel en de oordelen van de veroordelende feitenrechters besproken. De minst zorgwekkende verklaring heeft betrekking op het verschil in informatiepositie (paragraaf 8.6.3.2). Ik heb echter betoogd dat het verschil tussen mijn oordeel en de oordelen van feitenrechters in de regel niet te herleiden is tot een verschil in informatiepositie. Naar mijn inschatting zou ik in de meeste gevallen niet tot een ander oordeel zijn gekomen indien ik had beschikt over de informatie van de feitenrechter in kwestie. Als de andere informatiepositie geen verklaring

---

<sup>1096</sup> Noot De Jong onder HR 28 september 2004, NJ 2004, 660.

<sup>1097</sup> Het gaat om de cursus ‘Gevaar, opzet, roekeloosheid en schuld in het verkeer’.

<sup>1098</sup> Vgl. Blomsma 2012, ‘*Mens rea* and defences in European criminal law’, p. 110 en 520-521 met betrekking tot ‘camouflaged normativism’. Blomsma betreft dit concept echter op een ander aspect. Hij stelt dat feitenrechters de kansgrootte overschatten om opzet aan de verdachte toe te kunnen schrijven.

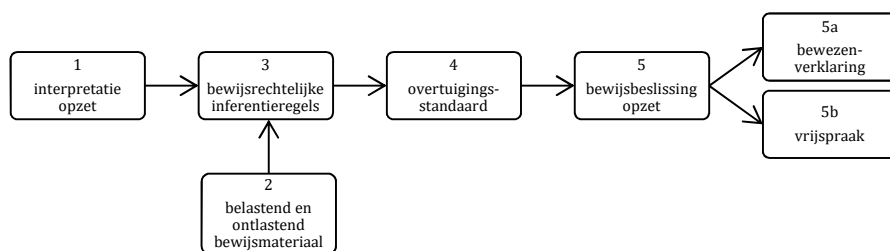
oplevert, dan brengt dat mee dat het verschil tussen mijn oordeel en de oordelen van feitenrechters te wijten is aan echte, inhoudelijke verschillen van inzicht. Ik heb drie thema's besproken waarover van mening verschild kan worden: bewijsrechtelijke inferentieregels (paragraaf 8.6.3.3), de overtuigingsmaatstaf (paragraaf 8.6.3.4) en de interpretatie van opzet (paragraaf 8.6.3.5).

In de voorgaande paragrafen heb ik de drie verklaringen apart van elkaar geanalyseerd. Het laat zich echter goed denken dat het verschil tussen mijn oordeel en het oordeel van een bepaalde feitenrechter door meerdere oorzaken verklaard kan worden. Het kan zich bijvoorbeeld voordoen dat een relatief lage overtuigingsstandaard wordt gecombineerd met een relatief lage ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans' dan wel het relatief veel bewijskracht toekennen aan bepaalde kwetsbare bewijsrechtelijke inferentieregels.

De zaken die in dit hoofdstuk centraal staan, worden behandeld door de meervoudige kamer. Het is mogelijk dat de cumulatie van verklaringen zich manifesteert op collegeniveau. Dat doet zich bijvoorbeeld voor als het rechterlijk college zowel uitgaat van een lage overtuigingsstandaard als een lage ondergrens van het begrip 'aanmerkelijke kans'. De afzonderlijke rechters gaan in dat geval uit van (min of meer) dezelfde uitgangspunten. Het laat zich echter ook denken dat de diverse verklarende factoren zich bij afzonderlijke rechters manifesteren. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de ene rechter opzet aanneemt op basis van een normatieve interpretatie van opzet, terwijl de andere rechter opzet in psychische zin bewezen acht op basis van een lage overtuigingsgraad. Het laat zich aanzien dat zowel de wijze waarop opzet exact moet worden geïnterpreteerd als de voor een bewezenverklaring vereiste overtuigingsgraad niet aan bod pleegt te komen bij het raadkameren.<sup>1099</sup> Rechters kunnen het heel goed met elkaar eens zijn over het bewijs van opzet zonder van elkaar te weten welke particuliere opvattingen aan dat oordeel ten grondslag liggen.

In figuur 8.4 is het beslisproces van de feitenrechter met betrekking tot het opzetoordeel afgebeeld aan de hand van een aantal blokken. Mijn these is dat het verschil tussen mijn oordeel (nummer 5b) en de oordelen van veroordelende feitenrechters (nummer 5a) primair wordt verklaard door de interpretatie van opzet (nummer 1), bewijsrechtelijke inferentieregels (nummer 3) en de gehanteerde overtuigingsstandaard (nummer 4). Dat betekent dat het verschil in informatiepositie met betrekking tot belastend en ontlastend bewijsmateriaal (nummer 2) slechts een ondergeschikte rol speelt.

<sup>1099</sup> Otte 2012, 'Apple en de strafrechter: over eenvoud in organiseren, beslissen en motiveren' wijst erop dat strafrechters zaken individueel plegen voor te bereiden. Otte stelt in dat verband het volgende: "De meeste rechters hebben geen beeld welke dogmatische instrumentenkist de collega's benutten bij het bestuderen van het dossier. Wie een collega vraagt of hij het normatieve of het psychisch opzet aanhangt, zal vermoedelijk geen antwoord krijgen."



**Figuur 8.4** Het beslisproces van de feitenrechter

Het verdient opmerking dat het in figuur 8.4 weergegeven beslisproces een ideaaltypisch karakter heeft. Het is bepaald niet uit te sluiten dat het er in de praktijk (soms) anders aan toegaat. Het laat zich bijvoorbeeld denken dat een rechter tot een bewezenverklaring van opzet besluit zonder dat daar een expliciete visie op de interpretatie van opzet aan ten grondslag ligt.<sup>1100</sup> Het nemen van de bewijsbeslissing kan bijvoorbeeld ingegeven zijn door het feit dat andere feitenrechters bij een vergelijkbaar feitencomplex plegen te veroordelen of het feit dat de Hoge Raad veroordelingen met betrekking tot een vergelijkbaar feitencomplex in stand pleegt te laten.<sup>1101</sup> Dat zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen bij gedragingen die zich met enige regelmaat voltrekken, zoals het inrijden op een agent. Het is denkbaar dat het verschil tussen mijn oordeel en de oordelen van veroordelende feitenrechters in bepaalde gevallen herleid kan worden tot ‘gewoontebeslissingen’. Het aan de feitenrechter te maken verwijt is dan niet dat hij een onjuist opzetbegrip aan de bewijsbeslissing ten grondslag heeft gelegd, maar dat hij in het geheel geen opzetbegrip voor ogen heeft gehad.

## 8.6.4 De ‘schuldige’ onschuldige: wie een zorg?

### 8.6.4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk heb ik de stelling verdedigd dat de meeste bewezenverklaringen wegens (poging tot) doodslag in het verkeer ongegrond zijn. Aan deze stelling liggen assumpties ten grondslag waar men van mening over kan ver-

<sup>1100</sup> Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 235 (voetnoot 77).

<sup>1101</sup> Op individueel niveau kan het zich voordoen dat een rechter zich sterk laat beïnvloeden door de opvatting van een gezaghebbende of dominante voorzitter. De bewijsbeslissing van de beïnvloede rechter wordt dan evenmin ingegeven door een expliciete visie op de interpretatie van opzet.

schillen. Zo zou men kunnen menen dat ik het opzetbegrip te streng interpreteer, dat ik de ondergrens van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ te hoog leg, dat ik mij verlaat op onjuiste bewijsrechtelijke assumpties, dat ik te hoge eisen stel aan de in art. 338 Sv neergelegde overtuigingsmaatstaf of dat ik gehinderd word door een inferieure informatiepositie. Deze of andere bezwaren zouden kunnen nopen tot de – wellicht geruststellende – conclusie dat het juist mijn oordeel is dat ongegrond is.

In deze paragraaf zal ik ingaan op de vraag hoe de door mij verdedigde these gewaardeerd moet worden. Hoe erg is het eigenlijk als een groter of minder groot gedeelte van de bewezenverklaringen inderdaad ongegrond is? In paragraaf 8.6.4.2 besteed ik aandacht aan de ongegronde doch juiste bewezenverklaring. Het gaat hier om gevallen waarin de ten onrechte veroordeelde verdachte wel degelijk schuldig is aan het bewezen verklaarde feit. Paragraaf 8.6.4.3 is gewijd aan de bewezenverklaring die zowel ongegrond als onjuist is. De paragraaf staat in het teken van zogenaamde ‘schuldige’ onschuldigen: veroordeelden die weliswaar onschuldig zijn aan het delict waarvoor ze zijn veroordeeld, doch die wel degelijk schuldig zijn aan een ander delict. Dat roept de vraag op hoe erg het eigenlijk wordt gevonden dat deze personen ten onrechte zijn veroordeeld. In paragraaf 8.6.4.4 sta ik stil bij de vraag in hoeverre de ‘schuldige’ onschuldige benadeeld is. Hoe was hij er vanaf gekomen als hij wél voor het juiste delict was veroordeeld?

#### *8.6.4.2 De ongegronde doch juiste bewezenverklaring*

De eerste categorie die ik zal bespreken, betreft de ongegronde doch juiste bewezenverklaring. Een ‘onjuiste bewezenverklaring’ is een beslissing waarbij opzet bewezen wordt verklaard, hoewel in werkelijkheid geen sprake was van opzet. Een ‘ongegronde bewezenverklaring’ is een bewezenverklaring die in strijd is met het in dubio pro reo-beginsel. Het kan zich derhalve voordoen dat een ongegronde bewezenverklaring wél een juiste bewezenverklaring oplevert. Hoewel de verdachte wél schuldig is aan het bewezen verklaarde feit, had hij niet veroordeeld mogen worden. Naar mijn inschatting valt slechts een klein gedeelte van de ongegronde bewezenverklaringen in deze categorie. In veel gevallen ben ik er (volledig) van overtuigd dat geen sprake is van opzet. Dat betekent dat de kans op een juiste bewezenverklaring door mij niet al te groot wordt geacht.

De vraag is hoe de ongegronde doch juiste bewezenverklaring gewaardeerd moet worden. Vanuit een bepaald perspectief zou betoogd kunnen worden dat de veroordeelde weinig reden tot klagen heeft: hij is immers wel degelijk schuldig aan het delict waarvoor hij veroordeeld is. Daar kan tegenin gebracht worden dat de veroordeelde wel degelijk in *zijn* rechten is getroffen. Als de feitenrechter genoeg neemt met een te lage overtuigingsgraad, zich verlaat op onjuiste bewijsrechtelijke inferentieregels of uitgaat van een onjuist opzetbegrip, dan worden de rechten van de verdachte met voeten getreden. Die conclusie blijft overeind indien de veroordeelde schuldig is aan het delict

waarvoor hij is veroordeeld. Het recht dient niet alleen ter bescherming van de werkelijk onschuldigen. Daarnaast geldt dat individuele rechtsschendingen zich op lange termijn geheid vertalen in veroordelingen van werkelijk onschuldigen. Ook daarom leveren rechtsschendingen een reden voor zorg op.

#### 8.6.4.3 *De ongegronde én onjuiste bewezenverklaring: de kwestie van de 'schuldige' onschuldige*

De tweede categorie die ik zal bespreken, betreft de ongegronde én onjuiste bewezenverklaring. Dit houdt in dat de verdachte veroordeeld is, hoewel hij in werkelijkheid niet beschikt heeft over opzet. Naar mijn inschatting valt de meerderheid van de ongegronde bewezenverklaringen in deze categorie. Het bijzondere aan deze categorie is dat de veroordeelden enerzijds – anders dan de zojuist besproken categorie – onschuldig zijn ten aanzien van het delict waarvoor ze zijn veroordeeld. Anderzijds geldt echter dat ze nagenoeg altijd wél schuldig zijn in andere zin. Personen die ten onrechte zijn veroordeeld voor doodslag zullen in de regel schuldig zijn aan dood door schuld in het verkeer (art. 6 WVV). Personen die ten onrechte zijn veroordeeld voor poging tot doodslag zullen doorgaans minimaal schuldig zijn aan het veroorzaken van gevaar op de weg (art. 5 WVV).

Ik duid deze gevallen aan met de term *'schuldige' onschuldigen*. De term drukt uit dat de personen weliswaar onschuldig zijn aan het delict waarvoor ze zijn veroordeeld, doch dat ze wel degelijk schuldig zijn aan een ander delict in verband met de gedraging in kwestie. In dat opzicht wijken deze gevallen af van de gevallen die plegen te worden geschaard onder de noemer 'gerechtelijke dwalingen'. In gevallen als de Puttense moordzaak, de zaak Lucia de Berk en de Schiedammer parkmoord is de assumptie dat de voor het delict veroordeelde personen helemaal geen blaam treft. Dat betekent dat de veroordeelden part noch deel hebben gehad aan het overlijden van de slachtoffers. Tegen deze achtergrond hoeft het niet te verbazen dat dit soort gerechtelijke dwalingen aanleiding geeft tot grote maatschappelijke commotie. Het gaat hier om gevallen waarin *schuldloze onschuldigen* voor een zeer ernstig delict zijn veroordeeld.

Het laat zich aanzien dat het veroordelen van 'schuldige' onschuldigen niet tot al te veel maatschappelijke beroering aanleiding zou geven. De rechters die ten onrechte tot een veroordeling zijn gekomen, kunnen vermoedelijk op meer sympathie rekenen dan de wegpiraten die ten onrechte zijn veroordeeld. Het moge zo zijn dat de rechters het legaliteitsbeginsel hebben geschonden door uit te gaan van een onjuiste interpretatie van opzet, dat ze in strijd met het in dubio pro reo-beginsel hebben gehandeld door een te lage overtuigingsstandaard te hanteren of dat ze zich hebben verlaten op onjuiste algemene ervaringsregels, maar ze hebben niet noodzakelijkerwijs een maatschappelijk ongewenste uitkomst gerealiseerd.

Een bijkomende reden waarom het veroordelen van 'schuldige' onschuldigen weinig maatschappelijke beroering zou opleveren, heeft te maken met

het feit dat de door mij verdedigde these gemakkelijk geloofend kan worden. Hoewel ik de sceptische stelling dat opzet in psychische zin volstrekt onkenbaar is niet onderschrijf, valt niet te ontkennen dat bij voorwaardelijk opzet vaak een behoorlijke sprong gemaakt moet worden.<sup>1102</sup> Het fascinerende van de aan voorwaardelijk opzet klevende onzekerheid is dat de onjuistheid van een bewezenverklaring evenmin sluitend kan worden aangetoond. De moeilijke kenbaarheid van het psychische brengt mee dat de these dat ten onrechte opzet in psychische zin is aangenomen gemakkelijk geloofend kan worden. Daar komt nog bij dat de *actus reus* – in het bijzonder bij voltooide delicten – boven alle twijfel verheven is. Het staat als een paal boven water dat de verdachte een ander mens van het leven heeft beroofd. Dat betekent dat de eventuele onschuld van de verdachte hoogstens betrekking heeft op één bestanddeel van het delict.

De relatieve onzekerheid die kleeft aan de stelling dat opzet ten onrechte is aangenomen en de zekerheid die bestaat ten aanzien van de *actus reus* markeren een belangrijk verschil met de gerechtelijke dwalingen die tot grote commotie leiden. Bij ‘gewone’ gerechtelijke dwalingen kan uit nader onderzoek blijken dat iemand anders dan de veroordeelde het misdrijf heeft gepleegd. Zulke sterke beelden worden niet opgeroepen door de in deze paragraaf besproken ongegronde veroordelingen. Personen die worden veroordeeld voor art. 6 WvW, hoewel in werkelijkheid geen sprake is van de voor het delict vereiste *aanmerkelijke* schuld, bevinden zich in dezelfde positie. Zodra vaststaat dat de verdachte de dood van een ander heeft veroorzaakt, zullen weinigen zich nog druk maken om een veroordeling.

#### 8.6.4.4 *Hebben ‘schuldige’ onschuldigen reden tot klagen?*

Het is nu de vraag hoe de ongegronde én onjuiste bewezenverklaring gewaardeerd moet worden. Ook in dit geval geldt, zoals reeds is uiteengezet ten aanzien van de ongegronde doch juiste bewezenverklaring, dat de rechten van de verdachte met voeten zijn getreden. Daar komt in dit geval nog bij dat de verdachte werkelijk onschuldig is ten aanzien van het delict waarvoor hij veroordeeld is. In deze paragraaf wil ik vooral stilstaan bij de vraag wat dat voor de veroordeelde betekent. Het gaat daarbij in het bijzonder om de vraag in hoeverre de ‘schuldige’ onschuldige benadeeld is. Hoe was hij er vanaf gekomen als hij wél voor het juiste delict was veroordeeld? Als eerste besteed ik aandacht aan de voltooide doodslag. Vervolgens ga ik in op de poging tot doodslag.

Personen die ten onrechte veroordeeld zijn voor het *voltooide delict doodslag* zullen in de regel schuldig zijn aan dood door schuld in het verkeer (art. 6 WvW). Art. 175 lid 1 WvW bepaalt dat de maximale gevangenisstraf voor

<sup>1102</sup> Vgl. Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 271-296 over de bewijsbaarheid van een psychische gesteldheid.

dood door schuld in het verkeer drie jaar betreft. Uit art. 175 lid 2 WvW volgt dat een gevangenisstraf van zes jaar kan worden opgelegd als sprake is van schuld die bestaat in roekeloosheid. Ten slotte wordt in art. 175 lid 3 bepaald dat de in lid 1 (gewone schuld) en lid 2 (roekeloosheid) genoemde straffen met de helft kunnen worden verhoogd als sprake is van een daar genoemde strafverzwarende grond. Dat betekent dat een gevangenisstraf van vierenhalf jaar (gewone schuld) dan wel negen jaar (roekeloosheid) kan worden opgelegd.

De maximumstraffen die vandaag de dag staan op het schuld misdrijf bieden de feitenrechter veel armslag. De straffen die worden opgelegd voor doodslag in het verkeer zijn in de regel lager dan de maximumstraf die staat op het schuld misdrijf (inclusief strafverzwarende gronden) waaraan de verdachte zich wél schuldig heeft gemaakt.<sup>1103</sup> In dat geval had zodoende dezelfde straf aan de verdachte opgelegd kunnen worden voor het culpose delict als de straf die aan hem is opgelegd voor het doleuze delict. Dat roept de vraag op of de ‘schuldige’ onschuldige wel in zijn belang is getroffen. Ik meen dat dat wel het geval is. Hieronder sta ik achtereenvolgens stil bij de gerechtvaardigde straffen ‘fair labelling’.

De eerste reden waarom de ‘schuldige’ onschuldige in zijn belang getroffen is, houdt verband met het verschil in gerechtvaardigde straf tussen doleuze en culpose delicten. Gesteld kan worden dat iemand die een slecht gevolg met opzet veroorzaakt, *ceteris paribus*, nooit minder te verwijten valt dan iemand die dat gevolg zonder opzet veroorzaakt.<sup>1104</sup> Dat betekent dat de opzettader in beginsel een hogere straf verdient dan de culpadader. Hoewel de strafmaxima van het doleuze en het culpose levensdelict de laatste tijd naar elkaar toe zijn gegroeid, staat er nog steeds een substantieel hogere maximumstraf op het doleuze delict. Dat bevestigt dat een veroordeling voor de culpose variant, *ceteris paribus*, tot een lagere straf dient te leiden dan een veroordeling voor de doleuze variant.<sup>1105</sup> In de praktijk plegen feitenrechters ook lagere straffen op te leggen voor dood door schuld dan voor doodslag. Al met al heeft de ‘schuldige’ onschuldige in dit opzicht wel degelijk reden tot klagen. In de regel geldt dat hij een (substantieel) lagere straf had dienen te krijgen.

De ‘schuldige’ onschuldige wordt in de tweede plaats in zijn belang getroffen, omdat zijn gedraging op onjuiste wijze wordt gekwalificeerd. Het gaat

---

<sup>1103</sup> De ‘Database opzet in het verkeer’ bevat een overzicht van de voor doodslag in het verkeer opgelegde straffen. De database is online toegankelijk via <[www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research](http://www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research)>.

<sup>1104</sup> Vgl. Zaibert 1998, ‘Intentionality, voluntariness, and culpability: a historical-philosophical analysis’; Zaibert 2002, ‘Intentionality and wickedness’; en Zaibert 2005, ‘Five ways Patricia can kill her husband: a theory of intentionality and blame’, p. 18, 21, 74, 209-214. Zie Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 310-313. Het verdient opmerking dat het object van de met elkaar vergeleken concepten opzet en schuld hier omschreven is als een ‘slecht gevolg’. Dat brengt mee dat de rechtvaardigingsgronden uit deze vergelijking zijn gefilterd.

<sup>1105</sup> Vgl. Van Dijk & Wolswijk 2015, ‘The complex nature of serious traffic offences’, p. 1-3.

in dit verband om 'fair labelling'. Volgens dit beginsel dient het etiket dat wordt geplakt op een strafbare gedraging een billijke uitdrukking te vormen van de strafwaardigheid.<sup>1106</sup> Het Tongzooen II-arrest kan in deze sleutel worden geplaatst: een afgedwongen tongzooen kon voortaan niet meer als 'verkrachting' worden gekwalificeerd.<sup>1107</sup> De uitspraak van de Hoge Raad laat zich goed begrijpen. Het etiket 'verkrachting' is aan de zware kant voor een ongewenste tongzooen. Hetzelfde geldt in zekere zin voor personen die ten onrechte veroordeeld worden voor doodslag. De kwalificatie 'doodslag' communiceert aan de maatschappij dat de veroordeelde *opzettelijk* het leven van een ander heeft genomen. Dat betreft een buitengewoon zware karakterisering. Daarbij dient nog bedacht te worden dat het scharen van voorwaardelijk opzet onder het opzetbegrip al behoorlijk ver gaat.<sup>1108</sup> Het is al de vraag of het voor doodslag veroordelen van iemand die daadwerkelijk beschikt heeft over voorwaardelijk opzet wel een billijke kwalificatie oplevert. Wat daar ook van zij, het voor doodslag veroordelen van iemand die in werkelijkheid niet heeft beschikt over voorwaardelijk opzet zet evident een verkeerd beeld neer. De veroordeelde wordt door deze verkeerde beeldvorming in zijn belang getroffen.

Tot slot zal ik stilstaan bij de vraag in hoeverre de 'schuldige' onschuldige die is veroordeeld wegens *poging tot doodslag* in het verkeer getroffen is in zijn belang. Hoewel de veroordeelde in bepaalde gevallen schuldig zou zijn aan het misdrijf bedreiging (art. 285 Sr), is het meest voor de hand liggende alternatief doorgaans het veroorzaken van gevaar op de weg. Art. 5 WVV is slechts een overtreding en kan maximaal worden bestraft met een hechtenis van twee maand. Dat betekent dat de maximaal voor art. 5 WVV op te leggen vrijheidsstraf zestig keer zo laag is als de straf die opgelegd kan worden voor een poging tot doodslag.

Het hoeft geen betoog dat poging tot doodslag zwaarder bestraft moet worden en ook zwaarder bestraft pleegt te worden dan overtreding van art. 5 WVV.<sup>1109</sup> Dat betekent dat de 'schuldige' onschuldige zeker reden tot klagen heeft. Door de bank genomen zou hij veel en veel minder zwaar bestraft zijn.

<sup>1106</sup> Vgl. Chalmers & Leverick 2008, 'Fair labelling in criminal law'; Ashworth & Horder 2013, 'Principles of criminal law', p. 77-79; en Duker 2013, 'Het Tongzooen-arrest en het *labelen* van strafbaar gedrag'.

<sup>1107</sup> HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653.

<sup>1108</sup> Opzet heeft door de uitbreiding tot voorwaardelijk opzet een betekenis gekregen die veel ruimer is dan de betekenis van opzet in het spraakgebruik. Het is in dat verband interessant dat voorwaardelijk opzet grote verwantschap vertoont met het begrip 'recklessness', zoals dat wordt gehanteerd in de Angelsaksische doctrine (zie paragraaf 3.2). Vanuit dat perspectief bekeken, noemen wij 'opzet' wat eigenlijk 'roekeloosheid' is. Op de wijdverbreide opvatting dat de Hoge Raads omlijning van het begrip roekeloosheid in strijd met het spraakgebruik zou zijn, valt tegen deze achtergrond ook wel wat af te dingen. De omlijning van de Hoge Raad is zo bezien eerder te soepel dan te streng.

<sup>1109</sup> De 'Richtlijn voor strafvordering verkeersongevallen en verlaten plaats ongeval (2015R022)' (inwerkingtreding: 1 maart 2015) dicteert geen vrijheidsstraf voor over-



Het hoeft evenmin betoog dat sprake is van ‘unfair labelling’. Het verschil tussen art. 287 Sr, een van de ernstigste misdrijven in ons strafrecht, en art. 5 WVW, een eenvoudige verkeersovertreding, kan haast niet groter zijn. De ‘schuldige’ onschuldige wordt door de verkeerde beeldvorming die gepaard gaat met een veroordeling wegens poging tot doodslag ernstig in zijn belang getroffen.

### 8.6.5 De strafwaardigheid van gevaarzetting: de wetgever aan zet?

#### 8.6.5.1 Inleiding

Uiterst gevaarlijk en verwijtbaar verkeersgedrag dat niet tot ernstige consequenties heeft geleid, neemt een ongemakkelijke positie in in het Nederlandse strafrecht. Enerzijds heb ik betoogd dat het zelden of nooit aangaat uiterst gevaarlijk en verwijtbaar verkeersgedrag als poging tot doodslag te bestemmen. Anderzijds geldt dat een veroordeling voor art. 5 WVW geen recht doet aan het soms als roekeloos aan te duiden verkeersgedrag.<sup>1110</sup> Het delict waarvan de verdachte juridisch gezien schuldig is, leidt met andere woorden eveneens tot ‘unfair labelling’. De ‘schuldige’ onschuldige zou eigenlijk aansprakelijk moeten zijn voor een delict dat meer recht doet aan de grote verwijtbaarheid die hij heeft tentoongespreid.

Het bagatelkarakter van art. 5 WVW en het relatief lage strafmaximum dat op het delict staat, kunnen meebrengen dat de poging tot doodslag door het Openbaar Ministerie en de feitenrechter als aantrekkelijk alternatief wordt gezien.<sup>1111</sup> In de vorige paragraaf kwam reeds naar voren dat de poging tot doodslag zestig keer zo zwaar bestraft kan worden als het veroorzaken van gevaar op de weg. Voor voltooide delicten is het op zichzelf beschouwd niet nodig uit te wijken naar het commune strafrecht, omdat er ook zeer hoge straffen staan op art. 6 WVW. Als bepaalde zonder gevolg gebleven gevaarlijke gedragingen echter afgedaan worden via art. 287 Sr, dan ligt het voor de hand om wel tot een gevolg geleid hebbende gevaarlijke gedragingen op dezelfde wijze te bejegenen. Het gemakkelijk aan ‘moeten’ nemen van opzet bij de poging zou zo door kunnen werken naar het voltooide delict: het zou inconsequent zijn strengere eisen te stellen aan opzet bij voltooide delicten. Een recentere verklaring voor de aantrekkelijkheid van het voltooide delict wordt gevormd door de strengere koers die de Hoge Raad is gaan varen ten aanzien

---

tradingen van art. 5 WVW die tot een ernstig gevolg hebben geleid. De ‘Richtlijn voor strafvordering poging doodslag (2015R058)’ (inwerkingtreding: 1 december 2015) suggereert een gevangenisstraf van vijf tot zeven jaar voor het met een auto opzettelijk inrijden op een persoon met ernstig letsel tot gevolg.

<sup>1110</sup> Vgl. Duker 2013, ‘Het Tongzoen-arrest en het *labelen* van strafbaar gedrag’, p. 831.

<sup>1111</sup> Vgl. Van Dijk 2015, ‘A cognitivist and volitionist analysis of conditional intent and conscious negligence in traffic cases on the basis of Desirability Maximization Theory’, p. 178-179.

van de roekeloosheid.<sup>1112</sup> Het is tegen deze achtergrond goed voorstelbaar dat een cassatiebestendige veroordeling zich gemakkelijker via de band van het delict doodslag laat realiseren.

In landen als Duitsland en Spanje kan uiterst gevaarlijk en verwijtbaar verkeersgedrag dat zonder gevolgen blijft aansprakelijkheid opleveren voor een gevaarzettingsdelict met een strafmaximum dat maar liefst dertig keer zo hoog is als in Nederland.<sup>1113</sup> Het in Nederland invoeren van een ernstiger gevaarzettingsdelict zou de rechtspraak de keuze uit twee uiterste manifestaties van 'unfair labelling' besparen. Dat roept de vraag op of de wetgever het invoeren van een ernstiger gevaarzettingsdelict in overweging zou moeten nemen.

In de onderstaande paragrafen ga ik in op de wenselijkheid van de invoering van een ernstiger gevaarzettingsdelict. De verhouding tussen het gevaarzettingsdelict en het culpose gevolgsdelict is daarbij in het bijzonder van belang. Het is mij in dat verband niet te doen om wetstechnische kwesties, maar om de fundamentele vraag hoe gevaar en gevolgen zich verhouden tot de strafdoelen preventie en vergelding. In paragraaf 8.6.5.2 stel ik de vraag aan de orde in hoeverre de nadruk die in het huidige strafrecht op gevolgen ligt, gerechtvaardigd kan worden vanuit een preventieperspectief. In paragraaf 8.6.5.3 ga ik in op de verhouding tussen gevaar en gevolgen enerzijds en strafwaardigheid anderzijds. Het is de vraag of iemand die door een verwijtbare gedraging de dood van een ander veroorzaakt meer straf verdient dan iemand wiens verwijtbare gedraging niet tot de dood van een ander leidt. Het antwoord op deze vraag hangt samen met het moraalfilosofische probleem van 'moral luck'. Is de strafwaardigheid afhankelijk van de toevallige omstandigheid dat zich een gevolg heeft gerealiseerd?

#### *8.6.5.2 Gevaar, gevolgen en preventie*

Vanuit een utilitaristisch, op het voorkomen van strafbare feiten gericht perspectief is het de vraag of de nadruk die in het huidige Nederlandse strafrecht op gevolgen ligt, effectief is.<sup>1114</sup> De hoge maximumstraffen die op art. 6 WvW staan, zullen waarschijnlijk weinig afschrikkende werking uitoefenen op mensen die zich verwijtbaar onvoorzichtig gedragen.<sup>1115</sup> Het feit dat de zich verwijtbaar onvoorzichtig gedragende bestuurder zich niet bewust is van een

<sup>1112</sup> Zie bijv. HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:960.

<sup>1113</sup> Vgl. Van Dijk & Wolswijk 2015, 'The complex nature of serious traffic offences', p. 3-5; Goeckenjan 2015, 'Serious traffic offences: the German perspective', p. 96-99; en Cancio Meliá & Llobet Angl 2015, 'The Spanish perspective on traffic offences: tough on danger, soft on harm, and penal populism', p. 108-113 en 126.

<sup>1114</sup> Zie Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 88-92 over de utilitaristische straftheorie.

<sup>1115</sup> Vgl. Bentham 1950, 'The theory of legislation', p. 322-323; Williams 1953, 'Criminal law: the general part', p. 98-100; en Hall 1963, 'Negligent behavior should be excluded from penal liability', p. 636-641.

aanmerkelijke kans op het veroorzaken van de dood van een ander brengt mee dat hij zich evenmin bewust zou zijn van het feit dat hoge straffen boven zijn hoofd hangen als hij iemand doodrijdt. Dit argument volstaat niet om de ineffectiviteit van het zwaar straffen voor een culpoos delict te demonstren. Het enkele feit dat de bestuurder die door verwijtbare onvoorzichtigheid de dood van een ander heeft veroorzaakt niet afgeschrikt had kunnen worden, betekent namelijk nog niet dat het zwaar straffen voor dood door schuld geen preventief effect kan hebben op andere mensen.<sup>1116</sup> Het uitdelen van zware straffen zou tot gevolg kunnen hebben dat verkeersdeelnemers zich voorzichtiger gaan gedragen of dat mensen ervan afzien zelf als bestuurder op te treden. Hoewel er wellicht enig effect uitgaat van de notie dat het door onvoorzichtigheid doden van een ander kan leiden tot hoge straffen, zal het effect vermoedelijk niet bijzonder groot zijn. De kans op het plaatsvinden van een dodelijk ongeval (en de daaraan gekoppelde straf) is zo gering dat zij niet gemakkelijk invloed op het gedrag zal uitoefenen.

Er kan enkel en alleen gestraft worden voor een culpoos gevolgsdelict indien de buitengewoon kleine kans op het door onvoorzichtigheid veroorzaken van een ernstig gevolg zich realiseert. Dat is anders als het gaat om de straffen die gesteld zijn op het overtreden van gedragsregels in het verkeer. Deze straffen zijn niet afhankelijk van het intreden van een gevolg. Van het frequent en consequent straffen voor (potentieel) gevaarlijke gedragingen die niet tot een gevolg hebben geleid, valt meer effect te verwachten dan van het zwaar bestraffen van culpose gevolgsdelicten. In dat verband is de aard van de sanctie ook van groot belang. Progressieve sanctiesystemen (zwaardere of ingrijpendere sancties bij recidive) of strafmodaliteiten die zijn toegespitst op de verkeerscontext (alcoholslot, snelheidsslot, rehabilitatieprogramma's, ontzegging van de rijbevoegdheid, inbeslagname voertuig, e.d.) kunnen stuk voor stuk een positieve bijdrage aan de verkeersveiligheid leveren.<sup>1117</sup>

Het is de vraag of het stellen van een (zeer) hoge maximumstraf op een concreet gevaarzettingsdelict een substantiële bijdrage aan de verkeersveiligheid zal leveren. Voor wat betreft verkeersovertredingen waarvoor de straffen betrekkelijk mild zijn, zoals de boetes voor snelheidsovertredingen, bestaat er enig bewijs dat strafverzwaring een preventief effect kan hebben.<sup>1118</sup> Het verhogen van de maximumstraf of het opleggen van zwaardere straffen ten aanzien van delicten waarvoor reeds zwaar gestraft wordt, zoals rijden onder invloed, lijkt echter weinig of geen additioneel preventief effect te hebben.<sup>1119</sup> Tegen deze achtergrond valt het te bezien of het stellen van een (zeer) hoge

<sup>1116</sup> Vgl. Wasserstrom 1960, 'Strict liability in the criminal law', p. 736-737; Hart 1968, 'Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law', p. 17-24 en 156-157; en Dressler 2009, 'Understanding criminal law', p. 120.

<sup>1117</sup> Vgl. Goldenbeld, Van Wijk & Mesken 2013, 'Sancties in het verkeer'; SWOV 2013, 'Straffen in het verkeer'; en Hoekstra, Eenink & Goldenbeld 2017, 'Progressief boetstelsel en verkeersveiligheid: geschatte veiligheidseffecten van hogere boetes bij herhaalde snelheidsovertredingen'.

<sup>1118</sup> Vgl. Goldenbeld, Van Wijk & Mesken 2013, 'Sancties in het verkeer', p. 27-29.

<sup>1119</sup> Vgl. Goldenbeld, Van Wijk & Mesken 2013, 'Sancties in het verkeer', p. 29-30.

maximumstraf op een concreet gevaarzettingsdelict een substantiële bijdrage aan de verkeersveiligheid zal leveren. De 'zwaardere delicten' waarbij strafverhoging niet of nauwelijks tot een additioneel preventief effect leidt, hebben namelijk betrekking op sancties die nu reeds opgelegd (kunnen) worden voor art. 5 WVV. De straffen die plegen te worden opgelegd voor rijden onder invloed blijven namelijk ruim onder het huidige strafmaximum voor art. 5 WVV. Op overtreding van art. 5 WVV staat 2 maand hechtenis, 2 jaar ontzegging van de rijbevoegdheid en een geldboete van 4.100 euro.

Een en ander neemt niet weg dat het opleggen van hogere straffen dan nu het geval is een preventief effect zou kunnen hebben. Het is de vraag in hoeverre het huidige strafmaximum voor art. 5 WVV daaraan in de weg staat. Het staat buiten kijf dat het huidige strafmaximum voor art. 5 WVV relatief laag is in vergelijking met de straffen die staan op het culpose gevolgsdelict. De belangrijkste beperking die kleeft aan het huidige strafmaximum is vermoedelijk eerder psychologisch dan feitelijk van aard. Rechters zijn niet genegen straffen op te leggen die in de buurt van het maximum komen. Daarbij is ook van belang dat art. 5 WVV slechts een overtreding betreft. Een verhoging van de maximumstraf en het als misdrijf bestempelen van het delict zouden ervoor kunnen zorgen dat rechters eerder genegen zijn relatief strenge sancties op te leggen.<sup>1120</sup> Voor het merendeel van die strengere sancties zal waarschijnlijk gelden dat ze ook opgelegd hadden kunnen worden onder het oude regime. De verhoging van het strafmaximum ontleent haar effectiviteit dan primair aan de invloed die zij heeft op de daadwerkelijk opgelegde straffen.

#### 8.6.5.3 *Gevaar, gevolgen en strafwaardigheid: het heikele vraagstuk van 'moral luck'*

Ik maak de overstap van een utilitaristisch naar een retributief perspectief. Volgens de retributieve straftheorie (de vergeldingstheorie) is straf gerechtvaardigd, omdat de misdadiger het verdient om gestraft te worden.<sup>1121</sup> De vraag hoe zwaar gestraft moet (kunnen) worden voor het enkel veroorzaken van gevaar moet derhalve in de sleutel van de verdiende straf worden geplaatst. Het is de vraag of het al dan niet intreden van een gevolg relevant is voor de hoeveelheid verdiende straf. Het verband tussen gevolgen en strafwaardigheid hangt samen met het moraalfilosofische vraagstuk van 'moral luck'.<sup>1122</sup> Dit probleem is in 1976 door Williams en Nagel op de filosofische agenda gezet.<sup>1123</sup> De kern van het probleem is of de strafwaardigheid van een

<sup>1120</sup> In dat verband kunnen richtlijnen en oriëntatiepunten uiteraard een belangrijke rol vervullen.

<sup>1121</sup> Zie Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 92-111 over de retributieve straftheorie.

<sup>1122</sup> De navolgende beschouwingen zijn deels op mijn proefschrift gebaseerd. Zie Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 176-178.

<sup>1123</sup> Ik maak hier gebruik van de later herziene versies. Zie Williams 1981, 'Moral luck' en Nagel 1993, 'Moral luck'. Nagel 1993, p. 59 definieert 'moral luck' als volgt: "Where a

actor afhankelijk gesteld mag worden van toevallige factoren. Het gaat mij hier in het bijzonder om de rol van toeval bij het al dan niet intreden van gevolgen.<sup>1124</sup> Verdient iemand die door een verwijtbare gedraging de dood van een ander veroorzaakt meer straf dan iemand wiens verwijtbare gedraging niet tot de dood van een ander leidt (*ceteris paribus*)? Nagel meent dat die vraag bevestigend beantwoord moet worden. Hij illustreert zijn opvatting aan de hand van twee voorbeelden uit de verkeerscontext:

"[There] is a morally significant difference between reckless driving and manslaughter. But whether a reckless driver hits a pedestrian depends on the presence of the pedestrian at the point where he recklessly passes a red light."<sup>1125</sup>

"If someone has had too much to drink and his car swerves on to the sidewalk, he can count himself morally lucky if there are no pedestrians in its path. If there were, he would be to blame for their deaths, and would probably be prosecuted for manslaughter. But if he hurts no one, although his recklessness is exactly the same, he is guilty of a far less serious legal offence and will certainly reproach himself and be reproached by others much less severely."<sup>1126</sup>

Verdedigers van 'moral luck' menen dat toevallig ontstane gevolgen relevant zijn voor de strafwaardigheid van de actor.<sup>1127</sup> Iemand wiens onvoorzichtige gedrag resulteert in onheil valt meer afkeuring ten deel dan iemand wiens identieke gedrag zonder gevolgen blijft. Daarom is een hogere straf op zijn plaats. Moore, een belangrijke aanhanger van de vergeldingstheorie, baseert de validiteit van 'moral luck' deels op emoties.<sup>1128</sup> Gevallen waarin het gevolg intreedt, gaan gepaard met grotere schuldgevoelens bij de actor en met sterkere gevoelens van afkeuring van derden. Daaruit volgt dat de actor die een gevolg veroorzaakt zwaarder gestraft moet worden dan de actor die het geluk heeft dat zijn verwijtbare gedraging zonder gevolgen blijft.

Tegenstanders van 'moral luck' menen dat de strafwaardigheid van de actor niet afhangt van de vraag of het gevolg al dan niet is ingetreden.<sup>1129</sup> Ik

---

significant aspect of what someone does depends on factors beyond his control, yet we continue to treat him in that respect as an object of moral judgment, it can be called moral luck."

<sup>1124</sup> Nagel 1993, 'Moral luck', p. 60 onderscheidt vier vormen van 'moral luck'. Een van deze vormen heeft betrekking op: "luck in the way one's actions and projects turn out."

<sup>1125</sup> Nagel 1993, 'Moral luck', p. 58.

<sup>1126</sup> Nagel 1993, 'Moral luck', p. 61.

<sup>1127</sup> Zie bijv. Fletcher 1978, 'Rethinking criminal law', p. 472-483; Williams 1981, 'Moral luck'; Duff 1990, 'Auctions, lotteries, and the punishment of attempts'; Nagel 1993, 'Moral luck'; Moore 1994, 'The independent moral significance of wrongdoing'; en Hartman 2016, 'Against luck-free moral responsibility'.

<sup>1128</sup> Moore 1994, 'The independent moral significance of wrongdoing'.

<sup>1129</sup> Zie bijv. Hart 1968, 'Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law', p. 125-135; Feinberg 1970, 'Problematic responsibility in law and morals'; Schulhofer

duid deze opvatting aan met de term ‘equivalentiethese’. De equivalentiethese houdt in dat de bestuurders die een gevolg veroorzaken in de voorbeelden van Nagel even strafwaardig zijn als de bestuurders die gelukkigerwijs niemand raken. Het feit dat er toevallig een voetganger aanwezig was, zegt niets over de strafwaardigheid van de bestuurders. Bij de beoordeling van de strafwaardigheid van de bestuurders dient daarom alleen acht te worden geslagen op het onvoorzichtige rijgedrag. Er bestaat geen moreel verschil tussen onvoorzichtig gedrag dat goed en dat slecht afloopt. Dat brengt mee dat de hoeveelheid verdiende straf in beide gevallen hetzelfde is.

Het wil mij voorkomen dat de equivalentiethese de beste papieren heeft. Dat betekent dat toeval geen enkele invloed uitoefent op de hoeveelheid straf die iemand verdient. In deze benadering kan de strafwaardigheid van de actor herleid worden tot de capaciteit tot het maken van keuzes. In het geval van voorwaardelijk opzet wordt de actor in beginsel verweten dat de bewustheid van de aanmerkelijke kans op een gevolg hem er niet toe heeft genoopt een andere, betere keuze te maken.<sup>1130</sup> In het geval van culpose aansprakelijkheid wordt de actor verweten dat hij zijn capaciteit tot het zich op voorzichtige wijze gedragen niet heeft benut om andere, betere gedragskeuzes te maken. In beide gevallen wordt de strafwaardigheid – zij het in verschillende mate – teruggevoerd op de aan de actor toekomende controle. De strafwaardigheid wordt niet opgehangen aan de buiten de controle van de actor gelegen omstandigheid dat een gevolg zich al dan niet heeft gerealiseerd.

Het is de vraag welke lessen de wetgever zou kunnen trekken uit de filosofische en strafrechtelijke discussie ten aanzien van ‘moral luck’. Moet aansluiting gezocht worden bij de verdedigers van ‘moral luck’ of verdient de wellicht als heersende opvatting<sup>1131</sup> te bestempelen visie van de tegenstanders van ‘moral luck’ de voorkeur? Wellicht is het niet nodig deze kwestie op de spits te drijven waar het gaat om de evaluatie van het strafrechtelijk stelsel. Hoewel verdedigers van ‘moral luck’ menen dat het intreden van een gevolg van belang is voor de strafwaardigheid, volgt daaruit nog niet dat gevolgen belangrijker zijn dan de verwijtbaarheid. Moore betoogt dat de verwijtbaarheid hoe dan ook de belangrijkste factor is bij het vaststellen van verdiende

---

1974, ‘Harm and punishment: a critique of emphasis on the results of conduct in the criminal law’; Hart & Honoré 1985, ‘Causation in the law’, p. 394-403; Zimmerman 1987, ‘Luck and moral responsibility’; Murphy 1990, ‘Getting even: the role of the victim’; Sverdlik 1993, ‘Crime and moral luck’; Rescher 1993, ‘Moral luck’; Gobert 1993, ‘The fortuity of consequence’; Ashworth 1993, ‘Taking the consequences’; Kadish 1994, ‘Foreword: the criminal law and the luck of the draw’; Alexander 1994, ‘Crime and culpability’; Kerkmeester 1995, ‘Over de rol van toeval in het strafrecht’; Bennett 1995, ‘The act itself’, p. 58-61; Simons 2000, ‘The relevance of community values to just deserts: criminal law, punishment rationales, and democracy’; en Alexander & Kessler Ferzan 2009, ‘Crime and culpability: a theory of the criminal law’, p. 171-324.

<sup>1130</sup> Het gemaakte voorbehoud (‘in beginsel’) ziet op buiten het opzetbegrip gelegen factoren die kunnen meebrengen dat de actor geen verwijt valt te maken (strafuitsluitingsgronden).

<sup>1131</sup> Moore 1994, ‘The independent moral significance of wrongdoing’, p. 238 spreekt van “the standard educated view amongst criminal law theorists”.

straf.<sup>1132</sup> Zo bezien zijn de verschillen tussen de beide kampen minder gepro-  
 nonceerd. De vraag is veeleer of 'geen enkele waarde' of 'enige waarde' aan  
 gevolgen moet worden toegekend.

Tegen deze achtergrond kan gesteld worden dat het immense gat tussen  
 de hoogst mogelijke straf voor art. 6 WvW (108 maand<sup>1133</sup> gevangenisstraf)  
 en de maximale straf voor art. 5 WvW (2 maand hechtenis) hoe dan ook op  
 retributieve bezwaren stuit. Het intreden van het gevolg kan ertoe leiden dat  
 de maximaal op te leggen vrijheidsstraf met maar liefst 5300 procent toe-  
 neemt. Men zou kunnen zeggen dat het gevolg (een toename van 106 maand  
 voor het culpose delict) 53 keer zo zwaar weegt als de verwijtbaarheid (2  
 maand voor het gevaarzettingsdelict). Dat staat in schril contrast met het ver-  
 schil tussen de poging en het voltooide delict. In dat geval neemt de maximaal  
 op te leggen straf slechts met 50 procent toe indien het gevolg intreedt. In het  
 geval van art. 287 Sr geldt dat de verwijtbaarheid (10 jaar voor de poging) 2  
 keer zo zwaar weegt als het gevolg (een toename van 5 jaar voor het voltooide  
 delict).

In de context van de poging en het voltooide delict weegt de verwijtbaar-  
 heid dus substantieel zwaarder dan het gevolg. In het geval van het gevaarzet-  
 tingsdelict en het culpose delict weegt het gevolg vele malen zwaarder dan de  
 verwijtbaarheid. Het hoeft uiteraard geen betoog dat deze situatie ver verwij-  
 derd is van het door tegenstanders van 'moral luck' bepleite equivalentie-  
 ideaal. Maar ook retributieve pleitbezorgers van 'moral luck' zullen een derge-  
 lijk groot verschil vermoedelijk niet billijken. Het bescheiden verschil in straf-  
 hoogte tussen de poging en het voltooide delict lijkt eerder in overeenstem-  
 ming te zijn met retributieve principes. In dat geval fungeert de in de retribu-  
 tieve straftheorie benadrukte attitude van de actor als belangrijkste aangrij-  
 pingspunt voor de strafoplegging.

In het bovenstaande is de vraag of de strafwaardigheid van de actor afhangt  
 van het al dan niet intreden van gevolgen benaderd vanuit een filosofisch  
 perspectief. Ik zal nu kort stilstaan bij de vraag hoe gewone burgers zich ver-  
 houden tot dit thema. Uit empirisch onderzoek met betrekking tot strafrechtel-  
 ijke vraagstukken blijkt dat burgers bij de beoordeling van de strafwaardig-  
 heid tamelijk veel waarde toekennen aan toevallig ontstane gevolgen.<sup>1134</sup> Ge-

<sup>1132</sup> Moore 1994, 'The independent moral significance of wrongdoing', p. 237-238 en 281.  
 Moore wijst erop dat verwijtbaarheid zowel een noodzakelijke als een voldoende  
 voorwaarde voor het opleggen van straf vormt. Het intreden van een gevolg is echter  
 noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor het opleggen van straf.

<sup>1133</sup> Ik heb hier in verband met een gemakkelijke vergelijking het oog op 'maand' in de zin  
 van 1/12 jaar en niet op 'maand' in de zin van art. 88 Sr (30 dagen).

<sup>1134</sup> Zie Riedel 1975, 'Perceived circumstances, inferences of intent and judgments of  
 offense seriousness'; Sebba 1980, 'Is mens rea a component of perceived offense seri-  
 ousness?'; Dressler, Thompson & Wasserman 1982, 'Effect of legal education upon  
 perceptions of crime seriousness: a response to Rummel v. Estelle'; Robinson & Darley  
 1995, 'Justice, liability, and blame: community views and the criminal law', p. 13-51,  
 157-199 en 204-208; Cushman 2008, 'Crime and punishment: distinguishing the roles  
 of causal and intentional analyses in moral judgment'; Cushman e.a. 2009, 'Accidental

vaarlijk rijden zonder een ongeval te veroorzaken wordt minder negatief gewaardeerd dan gevaarlijk rijden dat wel in een ernstig ongeval heeft geresulteerd. Gevolgen hebben een veel grotere impact op de strafwaardigheid dan de verwijtbaarheid van de actor.

Deze bevindingen kunnen verklaren waarom maximumstraffen en daadwerkelijk opgelegde straffen in strafrechtelijke stelsels sterk worden beïnvloed door het gevolg. Hoewel er wat te zeggen valt voor de opvatting dat de inrichting van het strafrecht en de sanctionering in het strafrecht moeten aansluiten bij maatschappelijke opvattingen,<sup>1135</sup> vallen daarbij ook wel kanttekeningen te plaatsen. In de eerste plaats is het denkbaar dat de intuïtie dat grote waarde gehecht moet worden aan gevolgen mede door het strafrecht zelf gevormd is.<sup>1136</sup> In de tweede plaats is het goed mogelijk dat de grote waarde die aan gevolgen wordt toegekend voor een belangrijk deel te wijten is aan psychologische biases.<sup>1137</sup> Een bijzonder relevante bias in dat verband is de zogenaamde 'hindsight bias'.<sup>1138</sup> Deze bias houdt in dat mensen geneigd zijn de kans op het intreden van een gevolg te overschatten als aan hen bekend is dat een dergelijk gevolg daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Daarnaast kan gewezen worden op de 'fundamental attribution error'.<sup>1139</sup> Dit fenomeen heeft betrekking op de menselijke neiging de rol van persoonlijke factoren te overschatten en die van situationele factoren te onderschatten. Een dodelijk verkeersongeval wordt liever geweten aan onachtzaamheid of indifferentie van de bestuurder dan aan de omstandigheden van het geval.

Een interessante vraag is hoe abstracte morele intuïties ten aanzien van 'moral luck' zich verhouden tot concrete morele intuïties met betrekking tot

---

outcomes guide punishment in a "trembling hand" game'; Young, Nichols & Saxe 2010, 'Investigating the neural and cognitive basis of moral luck: it's not what you do but what you know'; en Lench e.a. 2015, 'Beliefs in moral luck: when and why blame hinges on luck'.

<sup>1135</sup> Zie Robinson & Darley 1995, 'Justice, liability, and blame: community views and the criminal law', p. 5-7 en 206.

<sup>1136</sup> Vgl. Shachar 1987, 'The fortuitous gap in law and morality'.

<sup>1137</sup> Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 178-189 en 290-296.

<sup>1138</sup> Zie in dit verband bijv. Casper, Benedict & Perry 1989, 'Juror decision making, attitudes, and the hindsight bias'; Kamin & Rachlinski 1995, 'Ex post ≠ ex ante: determining liability in hindsight'; LaBine & LaBine 1996, 'Determinations of negligence and the hindsight bias'; Greene, Johns & Bowman 1999, 'The effects of injury severity on jury negligence decisions'; Royzman & Kumar 2004, 'Is consequential luck morally inconsequential? Empirical psychology and the reassessment of moral luck'; Domskey 2004, 'There is no door: finally solving the problem of moral luck'; en Smith & Greene 2005, 'Conduct and its consequences: attempts at debiasing jury judgments'.

<sup>1139</sup> Zie bijv. Ross & Nisbett 1991, 'The person and the situation: perspectives of social psychology'; Feigenson 1995, 'The rhetoric of torts: how advocates help jurors think about causation, reasonableness, and responsibility'; Harman 1999, 'Moral philosophy meets social psychology: virtue ethics and the fundamental attribution error', p. 328; Feigenson 2000, 'Legal blame: how jurors think and talk about accidents', p. 57-62; Williams 2003, 'Blame and responsibility'; en Dripps 2003, 'Fundamental retribution error: criminal justice and the social psychology of blame'.



de vraag hoeveel straf in bepaalde gevallen moet worden opgelegd. Uit psychologisch onderzoek komt naar voren dat er behoorlijk wat licht zit tussen abstracte en concrete morele intuïties.<sup>1140</sup> Als mensen in abstracto worden bevraagd over 'moral luck', dan meent ongeveer 90 procent van de mensen dat gevolgen geen invloed hebben op de strafwaardigheid.<sup>1141</sup> Dat betekent derhalve dat ze 'moral luck' verwerpen. Indien dezelfde mensen echter wordt gevraagd de verwijtbaarheid en de op te leggen straf te beoordelen in concrete gevallen, dan blijkt dat ze wel degelijk grote waarde toekennen aan gevolgen. Ten slotte blijkt dat personen minder waarde aan gevolgen toekennen indien ze gestimuleerd worden na te denken over een alternatieve uitkomst van de gedraging. Dat betekent dat hun oordelen over concrete zaken meer in lijn komen te liggen met de door hen aangehangen abstracte principes.

Als abstracte principes zich niet goed verdragen met de oordelen in concrete zaken, dan is het de vraag welke intuïtie de voorkeur verdient. Tegen de achtergrond van de eerder besproken psychologische biases, zou ik menen dat strafintuïties in beginsel bepaald moeten worden aan de hand van gevallen waarin het gevolg niet is ingetreden. Het is bijzonder moeilijk voor mensen om bij de beoordeling van gevallen te abstraheren van de gevolgen. Dat geldt in het bijzonder in verband met de strafoordelen van slachtoffers of nabestaanden. Het is niet gemakkelijk bij het oordeel over de verdiende straf te abstraheren van het onpeilbare verdriet dat het gevolg is geweest van de gedraging.<sup>1142</sup> De strafintuïties van slachtoffers of nabestaanden zouden daarom niet richtinggevend moeten zijn bij het bepalen van op delicten te stellen maximumstraffen.

Naar mijn mening zouden de op verwijtbare en gevaarlijke gedragingen in het verkeer te stellen maximumstraffen dus primair bepaald moeten worden aan de hand van echte of hypothetische gevallen die zonder gevolg zijn gebleven. Het is dan de vraag hoeveel straf op zijn plaats is voor deze zonder gevolg gebleven verwijtbare en gevaarzettende gedragingen. Het aldus be-

---

<sup>1140</sup> Zie Lench e.a. 2015, 'Beliefs in moral luck: when and why blame hinges on luck'.

<sup>1141</sup> Dit werd vastgesteld aan de hand van beoordelingen van abstracte items als: "A person who is negligent and the act results in a bad outcome is more blameworthy than a person who is negligent but nothing happens". Zie Lench e.a. 2015, 'Beliefs in moral luck: when and why blame hinges on luck', p. 287.

<sup>1142</sup> Vgl. Ashworth 1993, 'Taking the consequences', p. 119 over de mogelijke verwarring tussen compensatie en strafwaardigheid in verband met het feit dat het opleggen van een geldboete voor een dodelijk ongeval de (begrijpelijke) emotie bij een nabestaande kan oproepen dat het leven van een slachtoffer slechts een klein geldbedrag waard is. Compensatie en genoegevoeling moeten mijns inziens strikt onderscheiden worden van de hoeveelheid verdiende straf. De strafbehoeftes van slachtoffers, nabestaanden of de maatschappij zouden daarentegen wel een rol kunnen spelen binnen de utilitaristische straftheorie (zie paragraaf 8.6.5.2). Het bevredigen van de strafbehoefte kan een bijdrage leveren aan het maximaliseren van de hoeveelheid geluk in de maatschappij. Het enkele feit dat de hoeveelheid straf niet verdiend is, waardoor de geluksmaximalisering over de rug van de veroordeelde plaatsvindt, doet in dat verband niet ter zake. Vgl. Van Dijk 2008, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen', p. 91, 106, 121, 139, 157 en 187-189.

proeven van de morele intuïtie zou heel goed tot de conclusie kunnen leiden dat de huidige maximumstraf voor art. 5 WVV te laag is. Ik acht het echter evenzeer denkbaar dat men tot de conclusie komt dat de huidige maximumstraffen voor art. 6 WVV te hoog zijn. De maximumstraffen die op art. 6 WVV zijn gesteld, lijken voor een belangrijk deel te zijn gestoeld op het feit dat een ernstig gevolg heeft plaatsgevonden.

In dat verband verdient het opmerking dat de maximale gevangenisstraf die staat op dood door schuld in het verkeer (negen jaar) maar liefst twaalf keer zo hoog is als de maximale gevangenisstraf die in 1886 op dood door schuld (art. 307 Sr) was gesteld (negen maand). In het oorspronkelijk regeringsontwerp konden culpose delicten alleen bestraft worden met hechtenis en niet met gevangenisstraf. Culpose vergrijpen waren geen uiting van “zedelijke verdorvenheid” en brachten geen “booze hartstogt” aan het licht.<sup>1143</sup> Volgens minister Modderman gaf het geen pas “iemand die uit onvoorzichtigheid een vergrijp pleegt, niet omdat hij een vijand is van de wet, maar alleen omdat hij geen vriendschap genoeg heeft voor de wet” met gevangenisstraf te straffen.<sup>1144</sup> Uiteindelijk ging de minister akkoord met het tevens stellen van gevangenisstraf op het culpose delict, omdat voorwaardelijk opzet door praktijkjuristen onder de schuld werd geschaard.<sup>1145</sup> Tegen deze achtergrond is het verschil met het huidige strafmaximum van negen jaar gevangenisstraf nog geprononceerder: het staat nu immers buiten kijf dat voorwaardelijk opzet tot strafbaarheid voor het doleuze delict leidt.

Tot slot van deze paragraaf zal ik kort stilstaan bij een epistemologische kwestie. De morele opvatting dat de strafwaardigheid niet beheerst wordt door toeval kan in de praktijk maar tot op zekere hoogte gerealiseerd worden. Het strafrecht kan niet geheel en al van toeval ontdaan worden. Een belangrijke reden daarvoor is dat de strafwaardigheid van een persoon soms alleen kenbaar is aan de hand van gevolgen of concreet gevaar. De filosoof Richards betoogt dat onderscheid gemaakt moet worden tussen wat iemand te verwijten valt en wat daaromtrent te bewijzen valt.<sup>1146</sup> Hij illustreert zijn opvatting aan de hand van het aan het begin van deze paragraaf besproken voorbeeld van Nagel:

“Consider, for example, the reckless driver. Sometimes, if a driver harms no one, there is room for the belief that his speed and degree of attention are adequate: that he is sufficiently alert to avoid accidents if the need arises, that his speed is safe for a person of his skills, and so on. Even if these contentions are quite false, so that in fact his driving enacts a very dangerous level of unconcern and his behaviour deserves a very harsh response, the matter may be debatable so long as he does no actual harm. For such a driver, it is only when

<sup>1143</sup> Smidt 1891, ‘Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: eerste deel’, p. 299.

<sup>1144</sup> Smidt 1891, ‘Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: eerste deel’, p. 53.

<sup>1145</sup> Smidt 1891, ‘Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: tweede deel’, p. 138-139.

<sup>1146</sup> Richards 1986, ‘Luck and desert’.

he hits someone that it becomes plain he *is not* sufficiently attentive, that his speed *is* too fast for him, that he *is not* giving sufficient weight to the risk of harm to others when he drives as he does. It is only when his luck – and his victim's – runs out, that we have sufficient grounds for treating him in the way he has deserved to be treated all along.

On the other hand, on other occasions the accident is superfluous, in the same way as an eyewitness can be superfluous. That is, the accident does not strengthen our grounds for believing his driving to be reckless, is not crucial to the legitimacy of our treating him as he deserves. Instead, common sense about human reaction time, the limitations of human eyesight, and the nature of local conditions is enough: we are entitled to conclude that anyone driving that way, in that place, at that time, is driving recklessly. If so, we need not wait for the tragic impact, to be entitled to treat him as he deserves.”<sup>1147</sup>

Richards maakt inzichtelijk dat het intreden van een gevolg of het zich manifesteren van concreet gevaar (bijvoorbeeld bijna iemand aanrijden) het bewijs kan leveren dat de actor verwijtbaar heeft gehandeld. De epistemologische waarde van gevolgen en concreet gevaar brengt mee dat toeval een rol blijft spelen in het strafrecht. Het is een kwestie van toeval of iemands verwijtbaarheid aan het licht komt. De dronken rijder die (bijna) een goed zichtbare fietser aanrijdt, weerlegt daarmee impliciet de hypothese dat hij een ‘redelijke dronken rijder’ is.<sup>1148</sup> De dronken rijder die geen gevolg of concreet gevaar veroorzaakt, heeft in dat opzicht nog steeds geluk gehad. Hij kan – indien de overtreding toevallig aan het licht komt – alleen aansprakelijk gesteld worden voor een abstract gevaarzettingsdelict.

Het erkennen van de epistemologische waarde van gevolgen conflicteert niet met de door mij verdedigde these dat gevolgen op zichzelf beschouwd niet van belang zijn voor de strafwaardigheid. Als de verwijtbaarheid van de actor adequaat vastgesteld kan worden zonder dat een gevolg heeft plaatsgevonden, dan is een even hoge straf op zijn plaats als in het geval dat wel een gevolg had plaatsgevonden (*ceteris paribus*). De ‘schuldige’ onschuldigen waarvan ik betoogd heb dat ze ten onrechte veroordeeld zijn voor poging tot doodslag hebben in de regel door hun gedrag voldoende bewijs geleverd voor een hoge mate van verwijtbaarheid. Dat betekent dat ze moreel gezien niet minder straf verdienen dan de straf die verdiend is indien een dergelijke gedraging wel tot de dood had geleid.

Een ernstiger gevaarzettingsdelict zou in de morele behoefte kunnen voorzien om zwaardere straffen op te leggen voor verwijtbare gedragingen die zonder gevolg zijn gebleven. Daarmee is evenwel niet gezegd dat de strafmaxima en de in de regel opgelegde straffen voor het culpose delict een goede graadmeter vormen voor een nieuw te creëren gevaarzettingsdelict. Het is de

---

<sup>1147</sup> Richards 1986, ‘Luck and desert’, p. 201-202.

<sup>1148</sup> Zie Husak 1998, ‘Reasonable risk creation and overinclusive legislation’ en Van Dijk 2008, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen’, p. 143 over de ‘redelijke dronken rijder’.

vraag of gevolgen bij het culpose delict niet een te dominante rol hebben gekregen. Wellicht noopt doordenking van het systeem daarom wel tot de conclusie dat het verschil tussen de huidige strafmaxima van art. 5 en art. 6 WvW gedeeld moet worden.



# Literatuur

- Acredolo, C., O'Connor, J., Banks, L. & Horobin, K., 'Children's ability to make probability estimates: skills revealed through application of Anderson's functional measurement methodology', *Child Development* 1989, p. 933-945.
- Ajzen, I. & Fishbein, M., 'Scaling and testing multiplicative combinations in the expectancy-value model of attitudes', *Journal of Applied Social Psychology* 2008, p. 2222-2247.
- Alexander, L., 'Crime and culpability', *Journal of Contemporary Legal Issues* 1994, p. 1-30.
- Alexander, L. & Schauer, F., 'Law's limited domain confronts morality's universal empire', *William and Mary Law Review* 2007, p. 1579-1603.
- Alexander, L. & Kessler Ferzan, K. (m.m.v. Morse, S.T.), *Crime and culpability: a theory of the criminal law*, Cambridge: Cambridge University Press 2009.
- Anderson, N.H. & Shanteau, J.C., 'Information integration in risky decision making', *Journal of Experimental Psychology* 1970, p. 441-451.
- Anderson, N.H., *A functional theory of cognition*, Mahwah: Lawrence Erlbaum 1996.
- Anscombe, G.E.M., *Intention*, Oxford: Basil Blackwell 1972.
- Ashworth, A.J., 'Taking the consequences', in: Shute, S., Gardner, J. & Horder, J. (red.), *Action and value in criminal law*, Oxford: Clarendon Press 1993, p. 107-124.
- Ashworth, A. & Horder, J., *Principles of criminal law*, Oxford: Oxford University Press 2013.
- Baron, J., *Thinking and deciding*, Cambridge: Cambridge University Press 2008.
- Bennett, J., *The act itself*, Oxford: Clarendon Press 1995.
- Bentham, J., *The theory of legislation*, London: Routledge 1950.

- Beyth-Marom, R., 'How probable is probable? A numerical translation of verbal probability expressions', *Journal of Forecasting* 1982, p. 257-269.
- Beyth-Marom, R., Dekel, S., Gombo, R. & Shaked, M., *An elementary approach to thinking under uncertainty*, London: Erlbaum 1985.
- Bijlsma, J., 'Drank, drugs en culpa. Zelfintoxicatie en *culpa in causa*: pleidooi voor een voorzienbaarheidseis', *Delikt en Delinkwent* 2011, p. 654-678.
- Blom, T., *Beginselen van strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.
- Blomberg, R.D., Peck, R.C., Moskowitz, H., Burns, M. & Fiorentino, D., *Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study*, Stamford: Dunlap and Associates (online).
- Blomsma, J.H., *Mens rea and defences in European criminal law*, Cambridge: Intersentia 2012.
- Brentano, F., *Psychologie vom empirischen Standpunkt. Zweiter Band. Von der Klassifikation der psychischen Phänomene*, Hamburg: Felix Meiner Verlag 1971.
- Brouns, P.J.H.M., *Opzet in het wetboek van strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1988.
- Brouns, P.J.H.M., 'Een kleine inleiding in het opzet in het Wetboek van Strafrecht aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad in de eerste helft van 2006', *Delikt en Delinkwent* 2006, p. 921-947.
- Bryant, G.D. & Norman, G.R., 'Expressions of probability: words and numbers', *New England Journal of Medicine* 1980, p. 411.
- Cancio Meliá, M. & Llobet Anglí, M., 'The Spanish perspective on traffic offences: tough on danger, soft on harm, and penal populism', in: Van Dijk, A.A. & Wolswijk, H.D. (red.), *Criminal liability for serious traffic offences: essays on causing death, injury and danger in traffic*, Den Haag: Eleven International Publishing 2015, p. 107-130.
- Carroll, L., *Symbolic logic and the game of logic*, New York: Dover Publications 1958.
- Carroll, L., *Alice's adventures in Wonderland and through the looking-glass and what Alice found there*, London: Oxford University Press 1971.
- Casper, J.D., Benedict, K. & Perry, J.L., 'Juror decision making, attitudes, and the hindsight bias', *Law and Human Behavior* 1989, p. 291-310.

- Centraal Bureau voor de Statistiek, 'Verkeersprestaties motorvoertuigen', ontleend aan de 'databank StatLine', geraadpleegd via <www.cbs.nl>.
- Chalmers, J. & Leverick, F., 'Fair labelling in criminal law', *The Modern Law Review* 2008, p. 217-246.
- Clarke, R., 'Doing what one wants less: a reappraisal of the law of desire', *Pacific Philosophical Quarterly* 1994, p. 1-10.
- Cleiren, C.P.M., 'De rechterlijke overtuiging: een sprong met hindernissen', *Themis* 2010, p. 259-267.
- Colyvan, M. & Regan, H.M., 'Legal decisions and the reference class problem', *The International Journal of Evidence and Proof* 2007, p. 274-285.
- Consumentengids, 'Loterijen: vooral het Rijk wordt er rijk van', *Consumentengids* januari 2012, p. 6-9.
- Corstens, G.J.M. & Borgers, M.J., *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014.
- Cuerden, R., Richards, D. & Hill, J., 'Pedestrians and their survivability at different impact speeds', in: *Proceedings of the 20th international technical conference on the enhanced safety of vehicles*, Lyon 2007.
- Cushman, F., 'Crime and punishment: distinguishing the roles of causal and intentional analyses in moral judgment', *Cognition* 2008, p. 353-380.
- Cushman, F., Dreber, A., Wang, Y., & Costa, J., 'Accidental outcomes guide punishment in a "trembling hand" game', *PLoS ONE* 2009, <doi.org/10.1371/journal.pone.0006699>.
- Davidson, D., *Essays on actions and events*, Oxford: Clarendon Press 1980.
- Davis, W., 'A theory of happiness', *American Philosophical Quarterly* 1981, p. 111-120.
- De Finetti, B., 'Foresight: its logical laws, its subjective sources', in: Kyburg, H.E. & Smokler, H.E. (red.), *Studies in subjective probability*, New York: John Wiley & Sons 1964, p. 93-158.
- De Hullu, J., 'Opzet en schuld in het verkeer', *Ars Aequi* 1997, p. 438-444.
- De Hullu, J., *Materieel strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Gouda Quint 2000.



De Hullu, J., *Materieel strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Gouda Quint 2003.

De Hullu, J., *Materieel strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2015.

De Jong, D.H., 'Het strafrechtelijke schuldbegrip: ontwikkeling of ontbinding?', *Delikt en Delinkwent* 1999, p. 1-6.

De Jong, D.H., 'Groeiende aandacht voor het materiële strafrecht?', *Delikt en Delinkwent* 2000, p. 855-858.

De Jong, D.H., 'De aanmerkelijke kans', in: Groenhuijsen, M.S. & Simmelink, J.B.H.M. (red.), *Glijdende schalen: liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 217-224.

De Jong, D.H. & Knigge, G., *Ons strafrecht deel 1: het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

De Jong, D.H., 'Wetsuitleg in het materiële strafrecht: expliciete en onderhuidse dynamiek', in: Franken, A.A., De Langen, M. & Moerings, M. (red.), *Constante waarden: liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 203-212.

De Jong, F., *Daad-Schuld: bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normativering van het delictsbestanddeel opzet*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

De Keijser, J.W. & Van Koppen, P.J., 'Paradoxes of proof and punishment: psychological pitfalls in judicial decision making', *Legal and Criminological Psychology* 2007, p. 189-205.

De Keijser, J.W., De Lange, E.G.M. & Van Wilsem, J.A., 'Wrongful convictions and the Blackstone ratio: an empirical analysis of public attitudes', *Punishment & Society* 2014, p. 32-49.

Derksen, A.A., *Probability, chances and belief*, z.p.: z.u. 1974.

Derksen, T., *Leugens over Louwes*, Leusden: Uitgeverij ISVW 2011.

Desapriya, E., Pike, I. & Raina, P., 'Severity of alcohol-related motor vehicle crashes in British Columbia: case-control study', *International Journal of Injury Control and Safety Promotion* 2007, p. 89-94.

De Telegraaf: Stadseditie, 'Politie verdoezelde moord', 20 oktober 2007.

- Dhami, M.K., 'On measuring quantitative interpretations of reasonable doubt', *Journal of Experimental Psychology: Applied* 2008, p. 353-363.
- Dikke Van Dale, Utrecht: Van Dale Uitgevers 2016 (online).
- Domskey, D., 'There is no door: finally solving the problem of moral luck', *Journal of Philosophy* 2004, p. 445-464.
- Donkerlo, M. & Lutgert, C.W., *Smartengeld: uitspraken van de Nederlandse rechter over vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2017.
- Dreissen, W.H.B., *Bewijsmotivering in strafzaken*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.
- Dressler, J., Thompson, P.N. & Wasserman, S., 'Effect of legal education upon perceptions of crime seriousness: a response to Rummel v. Estelle', *Wayne Law Review* 1982, p. 1247-1300.
- Dressler, J., *Understanding criminal law*, Newark: Lexisnexis 2009.
- Dripps, D.A., 'Fundamental retribution error: criminal justice and the social psychology of blame', *Vanderbilt Law Review* 2003, p. 1383-1438.
- Dubelaar, M.J., *Betrouwbaar getuigenbewijs: totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief*, Deventer: Kluwer 2014.
- Dubelaar, M.J., 'Commentaar op art. 338 Sv', in: Cleiren, C.P.M, Crijns, J.H. & Verpalen, M.J.M. (red.), *Strafvordering: tekst & commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- Dubelaar, M.J., 'Inleidende opmerkingen' bij 'Derde afdeling Bewijs', in: Cleiren, C.P.M, Crijns, J.H. & Verpalen, M.J.M. (red.), *Strafvordering: tekst & commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- Duff, R.A., 'Caldwell and Lawrence: the retreat from subjectivism', *Oxford Journal of Legal Studies* 1983, p. 77-98.
- Duff, R.A., 'Auctions, lotteries, and the punishment of attempts', *Law and Philosophy* 1990, p. 1-37.
- Duff, R.A., *Intention, agency and criminal liability: philosophy of action and the criminal law*, Oxford: Basil Blackwell 1990.
- Duker, M., 'Het Tongzoen-arrest en het labelen van strafbaar gedrag', *Ars Aequi* 2013, p. 827-832.

Dworkin, R., *A matter of principle*, Cambridge: Harvard University Press 1985.

Dworkin, R., *Law's empire*, Oxford: Hart Publishing 1998.

Elster, J., *Sour grapes: studies in the subversion of rationality*, Cambridge: Cambridge University Press 1983.

Enschedé, C.J., 'Bewijzen in het strafrecht', *Themis* 1966, p. 488-518.

Evans, L., 'Driver injury and fatality risk in two-car crashes versus mass ratio inferred using Newtonian mechanics', *Accident Analysis and Prevention* 1994, p. 609-616.

Fahl, C., 'Das Ende der Hemmschwellentheorie – Ein Nachruf', *Juristische Schulung* 2013, p. 499-502.

Feigenson, N.R., 'The rhetoric of torts: how advocates help jurors think about causation, reasonableness, and responsibility', *Hastings Law Journal* 1995, p. 61-165.

Feigenson, N.R., *Legal blame: how jurors think and talk about accidents*, Washington: American Psychological Association 2000.

Feinberg, J., 'Problematic responsibility in law and morals', in: Feinberg, J., *Doing and deserving: essays in the theory of responsibility*, Princeton: Princeton University Press 1970, p. 25-37.

Fletcher, G.P., *Rethinking criminal law*, Boston: Little, Brown and Company 1978.

Fokkens, J.W., *Bewijzen in het strafprocesrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984.

Frank, R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungs-gesetz*, Tübingen: Mohr 1931.

Franklin, J., 'Feature selection methods for solving the reference class problem: comment on Edward K. Cheng, "A practical solution to the reference class problem"', *Columbia Law Review* 2010, p. 12-23.

Frenk, N., 'Strafbare feiten en de reikwijdte van de opzetclausule in aansprakelijkheidsverzekeringen', in: Dijkstra, A., Keulen, B.F. & Knigge, G. (red.), *Het roer recht: liber amicorum aangeboden aan Wim Vellinga en Feikje Vellinga-Schootstra*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 119-132.

Frenkel, P.S., *Bijdrage tot de leer van het voorwaardelijk opzet*, Utrecht: Bosch & Zoon 1917.

- Fried, C., *Right and wrong*, Cambridge: Harvard University Press 1978.
- Fromme, K., Katz, E. & D'Amico, E., 'Effects of alcohol intoxication on the perceived consequences of risk taking', *Experimental and Clinical Psychopharmacology* 1997, p. 14-23.
- Fromme, K., D'Amico, E. & Katz, E., 'Intoxicated sexual risk taking: an expectancy or cognitive impairment explanation?', *Journal of Studies on Alcohol and Drugs* 1999, p. 54-63.
- Gallwey, W.T., *The inner game of tennis*, New York: Random House 1974.
- Gert, J., 'Breaking the law of desire', *Erkenntnis* 2005, p. 295-319.
- Gilbert, P., 'The evolved basis and adaptive functions of cognitive distortions', *British Journal of Medical Psychology* 1998, p. 447-463.
- Gillies, D., 'Intersubjective probability and confirmation theory', *British Journal for the Philosophy of Science* 1991, p. 513-533.
- Gillies, D., *Philosophical theories of probability*, London: Routledge 2000.
- Gjerde, H., Bogstrand, S.T. & Lillsunde, P., 'Why is the odds ratio for involvement in serious road traffic accident among drunk drivers in Norway and Finland higher than in other countries?', *Traffic Injury Prevention* 2014, p. 1-5.
- Gobert, J.J., 'The fortuity of consequence', *Criminal Law Forum* 1993, p. 1-46.
- Goeckenjan, I., 'Serious traffic offences: the German perspective', in: Van Dijk, A.A. & Wolswijk, H.D. (red.), *Criminal liability for serious traffic offences: essays on causing death, injury and danger in traffic*, Den Haag: Eleven International Publishing 2015, p. 91-105.
- Goldenbeld, C., Van Wijk, A.P. & Mesken, J., *Sancties in het verkeer: een vergelijking tussen het terrein van de verkeersveiligheid en de jeugdcriminaliteit*, Den Haag: Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Verkeersveiligheid 2013.
- Grass, J.W., 'Drunk-driving murder and *People v. Watson*: can malice be implied?', *Southwestern University Law Review* 1983-1984, p. 477-520.
- Green, M., '"How long does it take to stop?" Methodological analysis of driver perception-brake times', *Transportation Human Factors* 2000, p. 195-216.

- Greene, E., Johns, M. & Bowman, J., 'The effects of injury severity on jury negligence decisions', *Law and Human Behavior* 1999, p. 675-693.
- Groenhuijsen, M.S. & Knigge, G., 'Theoretisch kader', in: Groenhuijsen, M.S. & Knigge, G. (red.), *Het onderzoek ter zitting: eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: Drukkerij Rijksuniversiteit Groningen 1999, p. 15-22.
- Gusfield, J.R., *The culture of public problems: drinking-driving and the symbolic order*, Chicago: University of Chicago Press 1981.
- Gusfield, J.R., 'Social and cultural contexts of the drinking-driving event', *Journal of Studies on Alcohol* 1985, p. 70-77.
- Gusfield, J.R., *Contested meanings: the construction of alcohol problems*, Madison: University of Wisconsin Press 1996.
- Hacking, I., *The emergence of probability: a philosophical study of early ideas about probability, induction and statistical inference*, Cambridge: Cambridge University Press 1975.
- Hájek, A., 'The reference class problem is your problem too', *Synthese* 2007, p. 563-585.
- Hall, J., 'Negligent behavior should be excluded from penal liability', *Colombia Law Review* 1963, p. 632-644.
- Hanley, J.A. & Lippman-Hand, A., 'If nothing goes wrong, is everything all right? Interpreting zero numerators', *JAMA* 1983, p. 1743-1745.
- Harman, G., 'Moral philosophy meets social psychology: virtue ethics and the fundamental attribution error', *Proceedings of the Aristotelian Society* 1999, p. 315-331.
- Harris, P.B. & Houston, J.M., 'Recklessness in context: individual and situational correlates to aggressive driving', *Environment and Behavior* 2010, p. 44-60.
- Hart, H.L.A., *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*, Oxford: Clarendon Press 1968.
- Hart, H.L.A. & Honoré, T., *Causation in the law*, Oxford: Clarendon Press 1985.
- Harteveld, A.E. & Robroek, R., *Hoofdwegen door het verkeersrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

- Hartman, R.J., 'Against luck-free moral responsibility', *Philosophical Studies* 2016, p. 2845-2865.
- Hastie, R., 'Algebraic models of juror decision processes', in: Hastie, R. (red.), *Inside the juror: the psychology of juror decision making*, Cambridge: Cambridge University Press 1993, p. 84-115.
- Heino, A., Van der Molen, H.H. & Wilde, G.J.S., 'Differences in risk experience between sensation avoiders and sensation seekers', *Personality and Individual Differences* 1996, p. 71-79.
- Hels, T. e.a., *Risk of injury by driving with alcohol and other drugs*, 6th framework programme deliverable D2.3.5, 2011 (online).
- Hoekstra, A.T.G., Eenink, R.G. & Goldenbeld, C., *Progressief boetestelsel en verkeersveiligheid: geschatte veiligheidseffecten van hogere boetes bij herhaalde snelheidsovertredingen*, Den Haag: Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Verkeersveiligheid 2017.
- Hofstee, W.K.B., 'Uitbuiting van de dagelijkse ervaring: facetten van een psychometrische waarheidsbenadering', *Nederlands Tijdschrift voor de Psychologie* 1993, p. 277-287.
- Hofstee, W.K.B., *Principes van beoordeling: methodiek en ethiek van selectie, examinering en evaluatie*, Lisse: Swets & Zeitlinger 1999.
- Hollerman, J.J. & Fackler, M.L., 'Gunshot wounds: radiology and wound ballistics', *Emergency Radiology* 1995, p. 171-192.
- Houwing, S., Reurings, M.C.B. & Bos, N.M., *Schatting van het aandeel verkeersdoden als gevolg van rijden onder invloed van alcohol*, Leidschendam: Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Verkeersveiligheid 2011.
- Houwing, S., *Estimating the risk of driving under the influence of psychoactive substances*, Leidschendam: Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Verkeersveiligheid 2013.
- Houwing, S., Bijleveld, F.D., Commandeur, J.J.F. & Vissers, L., *Het werkelijk aandeel verkeersdoden als gevolg van alcohol: aanpassing schattingsmethodiek*, Den Haag: Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Verkeersveiligheid 2014.
- Husak, D.N., 'Reasonable risk creation and overinclusive legislation', *Buffalo Criminal Law Review* 1998, p. 599-626.

- Jonah, B.A., 'Sensation seeking and risky driving: a review and synthesis of the literature', *Accident Analysis and Prevention* 1997, p. 651-665.
- Jonakait, R.N., *The American jury system*, New Haven: Yale University Press 2003.
- Kadish, S.H., 'Foreword: the criminal law and the luck of the draw', *Journal of Criminal Law and Criminology* 1994, p. 679-702.
- Kagehiro, D.K. & Stanton, W.C., 'Legal vs. quantified definitions of standards of proof', *Law and Human Behavior* 1985, p. 159-178.
- Kahneman, D. & Tversky, A., 'Prospect theory: an analysis of decision under risk', *Econometrica* 1979, p. 263-291.
- Kahneman, D., 'Experienced utility and objective happiness: a moment-based approach', in: Kahneman, D. & Tversky, A. (red.), *Choices, values and frames*, New York: Cambridge University Press 2000, p. 673-692.
- Kamin, K.A. & Rachlinski, J.J., 'Ex post  $\neq$  ex ante: determining liability in hindsight', *Law and Human Behavior* 1995, p. 89-104.
- Karni, E. & Schmeidler, D., 'Self-preservation as a foundation of rational behavior under risk', *Journal of Economic Behavior and Organization* 1986, p. 71-81.
- Keeney, R.L. & Raiffa, H. (m.m.v. Meyer, R.F.), *Decisions with multiple objectives: preferences and value tradeoffs*, New York: John Wiley & Sons 1976.
- Keiler, J., *Actus reus and participation in European criminal law*, Cambridge: Intersentia 2013.
- Kelk, C., *Studieboek materieel strafrecht*, z.p.: Gouda Quint 1998.
- Kelk, C. & De Jong, F., *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- Kenny, A.J.P., *Freewill and responsibility*, London: Routledge and Kegan Paul 1978.
- Kenny, A.J.P., *Essays on the Aristotelian tradition*, Oxford: Clarendon Press 2001.
- Kerkmeester, H., 'Over de rol van toeval in het strafrecht', *Recht en Kritiek* 1995, p. 251-277.

- Kessels, R.J. & Verkleij, C.M.P., 'Misdrijven en opsporing', in: Kalidien, S.N. & De Heer-De Lange, N.E. (red.), *Criminaliteit en rechtshandhaving 2014: ontwikkelingen en samenhangen*, Den Haag: Boom 2015, p. 21-27.
- Keulen, B.F. & Knigge, G. (m.m.v. De Jong, D.H.), *Ons strafrecht deel 2: strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- Klocksien, J., 'The problem of interpersonal comparisons of pleasure and pain', *The Journal of Value Inquiry* 2008, p. 23-40.
- Kloeden, C.N., McLean, A.J., Moore, V.M. & Ponte, G., *Travelling speed and the risk of crash involvement: volume 1 – findings*, 1997 (online).
- Kloeden, C.N. & McLean, A.J., 'Speed and the risk of involvement in a casualty crash', in: *Proceedings of the Road Safety Research, Policing and Education Conference*, 1998, p. 188-190.
- Kloeden, C.N., Ponte, G. & McLean, A.J., *Travelling speed and the risk of crash involvement on rural roads*, Canberra: Australian Transport Safety Bureau 2001.
- Kloeden, C.N., McLean, A.J. & Glonek, G., *Reanalysis of travelling speed and the risk of crash involvement in Adelaide South Australia*, 2002 (online).
- Knigge, G., *Beslissen en motiveren: de artt. 348, 350, 358 en 359 Sv*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1980.
- Knigge, G., *Het irrationele van de straf*, Arnhem: Gouda Quint 1988.
- Knigge, G., 'Het wettelijk bewijsstelsel', in: Knigge, G. (red.), *Leerstukken van strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 113-142.
- Knigge, G., 'Opzet en bewustzijn', in: Koenraadt, F. & Weijers, I. (red.), *Vrijheid en verlangen: liber amicorum prof. dr. Antoine Mooij*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 187-199.
- Knigge, G. & Wolswijk, H.D., *Ons strafrecht deel 1: het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015.
- Kooijmans, T., 'Interferentie van materieelstrafrechtelijke leerstukken: voorbereiding van moord', *Ars Aequi* 2015, p. 490-494.
- Koornstra, M.J., *The Dutch policy for sustainable road safety*, Leidschendam: Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Verkeersveiligheid 1998.



- Kronenberg, M.J. & De Wilde, B., *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- Kugler, I., *Direct and oblique intention in the criminal law: an inquiry into degrees of blameworthiness*, Hampshire: Ashgate 2002.
- Kwakman, N.J.M., 'De opzet van het opzet', in: Keulen, B.F., Knigge, G. & Wolswijk, H.D. (red.), *Pet af: liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 289-313.
- LaBine, S.J. & LaBine, G., 'Determinations of negligence and the hindsight bias', *Law and Human Behavior* 1996, p. 501-516.
- Laplace, P.S., *Philosophical essay on probabilities*, New York: Springer-Verlag 1995.
- Lasry, A. e.a., 'HIV sexual transmission risk among serodiscordant couples: assessing the effects of combining prevention strategies', *AIDS* 2014, p. 1521-1529.
- Laude, J.R. & Fillmore, M.T., 'Drivers who self-estimate lower blood alcohol concentrations are riskier drivers after drinking', *Psychopharmacology* 2016, p. 1387-1394.
- Lench, H.C., Domskey, D., Smallman, R. & Darbor, K.E., 'Beliefs in moral luck: when and why blame hinges on luck', *British Journal of Psychology* 2015, p. 272-287.
- Lichtenstein, S. & Newman, J.R., 'Empirical scaling of common verbal phrases associated with numerical probabilities', *Psychonomic Science* 1967, p. 563-564.
- Lindenberg, K., 'Commentaar op art. 450 Sr', in: Cleiren, C.P.M, Crijns, J.H. & Verpalen, M.J.M. (red.), *Strafrecht: tekst & commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- Lindenberg, K., 'Structuren en bijzonderheden in de zedenwetgeving', in: Lindenberg, K. & Van Dijk, A.A. (red.), *Herziening van de zedendelicten? Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 23-284.
- Lopes, L.L. & Ekberg, P.H.S., 'Test of an ordering hypothesis in risky decision making', *Acta Psychologica: European Journal of Psychonomics* 1980, p. 161-167.

- MacDonald, T.K., Zanna, M.P. & Fong, G.T., 'Decision making in altered states: effects of alcohol on attitudes toward drinking and driving', *Journal of Personality and Social Psychology* 1995, p. 973-985.
- Machielse, A.J., aantekening 1a over art. 450 Sr, in: Fokkens, J.W., Hofstee, E.J. & Machielse, A.J. (red.), *Wetboek van strafrecht – Noyon, Langemeijer, Remmelink*, Deventer: Kluwer (online, bijgewerkt tot 1 juli 1998).
- Machielse, A.J., aantekening 5.3.3, 5.3.5 en 5.6 over 'opzet', in: Fokkens, J.W., Hofstee, E.J. & Machielse, A.J. (red.), *Wetboek van strafrecht – Noyon, Langemeijer, Remmelink*, Deventer: Kluwer (online, bijgewerkt tot 1 mei 2016).
- Machielse, A.J., aantekening 6 over 'ontoerekenbaarheid', in: Fokkens, J.W., Hofstee, E.J. & Machielse, A.J. (red.), *Wetboek van strafrecht – Noyon, Langemeijer, Remmelink*, Deventer: Kluwer (online, bijgewerkt tot 3 juli 2017).
- Magnussen, S., Eilertsen, D.A., Teigen, K.H. & Wessel, E., 'The probability of guilt in criminal cases: are people aware of being "beyond reasonable doubt"?', *Applied Cognitive Psychology* 2014, p. 196-203.
- Mailloux, S., 'Fatal families: why children are killed in familicide occurrences', *Journal of Family Violence* 2014, p. 921-926.
- Markkula, G., Benderius, O., Wolff, K. & Wahde, M., 'A review of near-collision driver behavior models', *Human Factors: The Journal of the Human Factors and Ergonomics Society* 2012, p. 1117-1143.
- Marmor, A., *Interpretation and legal theory*, Oxford: Clarendon Press 1992.
- Mayerfeld, J., *Suffering and moral responsibility*, Oxford: Oxford University Press 1999.
- McCauliff, C.M.A., 'Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees?', *Vanderbilt Law Review* 1982, p. 1293-1335.
- Mele, A.R., *Springs of action: understanding intentional behavior*, New York: Oxford University Press 1992.
- Mellers, B.A. & McGraw, A.P., 'Anticipated emotions as guides to choice', *Current Directions in Psychological Science* 2001, p. 210-214.
- Mevis, P.A.M., *Capita strafrecht: een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

- Michaels, A.C., 'Acceptance: the missing mental state', *Southern California Law Review* 1998, p. 953-1035.
- Minton, R., *Golf by the numbers: how stats, math, and physics affect your game*, Baltimore: Johns Hopkins University Press 2012.
- Moore, M.S., *Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law*, Oxford: Clarendon Press 1993.
- Moore, M.S., 'The independent moral significance of wrongdoing', *Journal of Contemporary Legal Issues* 1994, p. 237-281.
- Morris, D.H., Treloar, H.R., Niculete, M.E. & McCarthy, D.M., 'Perceived danger while intoxicated uniquely contributes to driving after drinking', *Alcoholism: Clinical and Experimental Research* 2014, p. 521-528.
- Muraven, M. & Baumeister, R.F., 'Suicide, sex, terror, paralysis, and other pitfalls of reductionist self-preservation theory', *Psychological Inquiry* 1997, p. 36-40.
- Murphy, J.G., 'Getting even: the role of the victim', *Social Philosophy & Policy* 1990, p. 209-225.
- Nadal, R. & Carlin, J., *Rafa: my story*, London: Sphere 2011.
- Nagel, T., 'Moral luck', in: Statman, D. (red.), *Moral luck*, Albany: State University of New York Press 1993, p. 57-71.
- Nieboer, W., *Wetens en willens*, Arnhem: Gouda Quint 1978.
- Nieboer, W., *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991.
- Nijboer, J.F., *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.
- Otte, M., *Opzet en schuld in het verkeer*, Deventer: Gouda Quint 2001.
- Otte, R., 'Apple en de strafrechter: over eenvoud in organiseren, beslissen en motiveren', *Ivoren Toga* 27 november 2012, <[www.ivorentoga.nl](http://www.ivorentoga.nl)>.
- Otte, R., *Het proces: strafrecht in de praktijk*, Amsterdam: Boom Uitgevers 2015.
- Otte, R., 'Straffende rechters en officieren van justitie: een kwalitatief verschil?', *Ivoren Toga* 1 september 2015, <[www.ivorentoga.nl](http://www.ivorentoga.nl)>.
- Peters, A.A.G., *Opzet en schuld in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 1966.

- Posner, R.A., 'An economic approach to the law of evidence', *Stanford Law Review* 1999, p. 1477-1546.
- Postma, A., *Opzet en toerekening bij medeplegen*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014.
- Postma, A., 'Facetten van medeplegen', *Delikt en Delinkwent* 2015, p. 123-141.
- Proestakis, A. e.a., 'The separate effects of self-estimated and actual alcohol intoxication on risk taking: a field experiment', *Journal of Neuroscience, Psychology, and Economics* 2013, p. 115-135.
- Puppe, I., 'Zur "Hemmschwellentheorie" bei Tötungsdelikten: BGH, Urt. v. 22. 3. 2012 – 4 StR 558/11', *Juristische Rundschau* 2012, p. 474-479.
- Pyszczyński, T., Greenberg, J. & Solomon, S., 'Why do we need what we need? A terror management perspective on the roots of human social motivation', *Psychological Inquiry* 1997, p. 1-20.
- Ramsey, F.P., 'Truth and probability', in: Kyburg, H.E. & Smokler, H.E. (red.), *Studies in subjective probability*, New York: John Wiley & sons 1964, p. 63-92.
- Reijntjes, J.M., *Minkenhof's Nederlandse strafvordering*, Deventer: Kluwer 2009.
- Remmelink, J., *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1975.
- Remmelink, J., *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.
- Rescher, N., 'Moral luck', in: Statman, D. (red.), *Moral luck*, Albany: State University of New York Press 1993, p. 141-166.
- Richards, N., 'Luck and desert', *Mind* 1986, p. 198-209.
- Riedel, M., 'Perceived circumstances, inferences of intent and judgments of offense seriousness', *Journal of Criminal Law and Criminology* 1975, p. 201-208.
- Rissing-Van Saan, R., 'Der bedingte Tötungsvorsatz und die Hemmschwellentheorie des Bundesgerichtshofs', in: Geisler, C. e.a. (red.), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, Berlin: De Gruyter 2011, p. 497-517.

- Robinson, P.H. & Darley, J.M., *Justice, liability, and blame: community views and the criminal law*, Boulder: Westview Press 1995.
- Robinson, P.H., 'Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality', *University of Pennsylvania Law Review* 2005, p. 335-398.
- Robroek, R., *Onbewuste culpa: een analyse van de ondergrens van strafrechtelijke aansprakelijkheid*, Tilburg: Celsus Juridische Uitgeverij 2010.
- Rosén, E. & Sander, U., 'Pedestrian fatality risk as a function of car impact speed', *Accident Analysis and Prevention* 2009, p. 536-542.
- Rosén, E., Stigson, H. & Sander, U., 'Literature review of pedestrian fatality risk as a function of car impact speed', *Accident Analysis and Prevention* 2011, p. 25-33.
- Ross, L., Greene, D. & House, P., 'The "false consensus effect": an egocentric bias in social perception and attribution processes', *Journal of Experimental Social Psychology* 1977, p. 279-301.
- Ross, L. & Nisbett, R.E., *The person and the situation: perspectives of social psychology*, New York: McGraw-Hill 1991.
- Rothengatter, T., 'Risk and the absence of pleasure: a motivational approach to modelling road user behaviour', *Ergonomics* 1988, p. 599-607.
- Röttgering, A.E.M., *Cassatie in strafzaken: een rechtsbeschermend perspectief*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.
- Royzman, E. & Kumar, R., 'Is consequential luck morally inconsequential? Empirical psychology and the reassessment of moral luck', *Ratio* 2004, p. 329-344.
- Rozemond, K., *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Deventer: Gouda Quint 1998.
- Rozemond, K., 'Literatuurbespreking: A.A. van Dijk, Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2008', *Delikt en Delinkwent* 2009, p. 218-239.
- Rozemond, K., 'Literatuurbespreking: Ferry de Jong, Daad-Schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normativering van het delictbestanddeel opzet (diss. Utrecht), Boom Juridische uitgevers 2009', *Delikt en Delinkwent* 2010, p. 486-496.

- Rozemond, K., *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.
- Rozemond, N., 'Nijmeegse scooter', *Ars Aequi* 2014, p. 841-846.
- Rozemond, N., 'Een overzichtsarrest voor medeplegen', *Ars Aequi* 2015, p. 892-896.
- Savage, L.J., *The foundations of statistics*, New York: John Wiley & Sons 1954.
- Schauer, F., *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, Oxford: Clarendon Press 1991.
- Schauer, F., 'The tyranny of choice and the rulification of standards', *Journal of Contemporary Legal Issues* 2005, p. 803-814.
- Schlottmann, A. & Anderson, N.H., 'Children's judgments of expected value', *Developmental Psychology* 1994, p. 56-66.
- Schlottmann, A., 'Children's probability intuitions: understanding the expected value of complex gambles', *Child Development* 2001, p. 103-122.
- Schlottmann, A. & Tring, A., 'How children reason about gains and losses: framing effects in judgement and choice', *Swiss Journal of Psychology* 2005, p. 153-171.
- Schulhofer, S.J., 'Harm and punishment: a critique of emphasis on the results of conduct in the criminal law', *University of Pennsylvania Law Review* 1974, p. 1497-1607.
- Searle, J.R., *The rediscovery of the mind*, Cambridge: MIT Press 1992.
- Sebba, L., 'Is mens rea a component of perceived offense seriousness?', *Journal of Criminal Law and Criminology* 1980, p. 124-135.
- Shachar, Y., 'The fortuitous gap in law and morality', *Criminal Justice Ethics* 1987, p. 12-36.
- Shanteau, J.C., 'Component processes in risky decision making', *Journal of Experimental Psychology* 1974, p. 680-691.
- Shute, S., 'Second Law Commission consultation paper on consent: something old, something new, something borrowed: three aspects of the project', *Criminal Law Review* 1996, p. 684-693.

- Shute, S., 'Knowledge and belief in the criminal law', in: Shute, S. & Simester, A.P. (red.), *Criminal law theory: doctrines of the general part*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 171-206.
- Simester, A.P., Spencer, J.R., Sullivan, G.R. & Virgo, G.J., *Simester and Sullivan's criminal law: theory and doctrine*, Oxford: Hart Publishing 2013.
- Simon, R.J., "'Beyond a reasonable doubt': an experimental attempt at quantification", *Journal of Applied Behavioral Science* 1970, p. 203-209.
- Simon, R.J. & Mahan, L., 'Quantifying burdens of proof: a view from the bench, the jury, and the classroom', *Law & Society Review* 1971, p. 319-330.
- Simons, K.W., 'The relevance of community values to just deserts: criminal law, punishment rationales, and democracy', *Hofstra Law Review* 2000, p. 635-667.
- Smidt, H.J., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. Bijeengebracht en gerangschikt door Mr. H. J. Smidt. Tweede druk, herzien en aangevuld met de wijzigingen, door Mr. J. W. Smidt. Eerste deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.
- Smidt, H.J., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. Bijeengebracht en gerangschikt door Mr. H. J. Smidt. Tweede druk, herzien en aangevuld met de wijzigingen, door Mr. J. W. Smidt. Tweede deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.
- Smith, P., *Strafbare voorbereiding: een rechtsvergelijkend onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.
- Smith, A.C. & Greene, E., 'Conduct and its consequences: attempts at debiasing jury judgments', *Law and Human Behavior* 2005, p. 505-526.
- Soeteman, F., 'Vijf jaar celstraf voor mysterieuze dodenrit bijrijder', *De Telegraaf* 24 mei 2005.
- Soeteman, F., 'Met vrouw en kind kanaal in na echtscheidingperikelen', *De Telegraaf* 9 maart 2006.
- Spek, A.C.E., 'Snelheidsberekeningen naar aanleiding van verkeersongevallen', in: Sjerps, M.J. & Coster van Voorhout, J.A. (red.), *Het onzekere bewijs: gebruik van statistiek en kansrekening in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 295-304.

- Spek, A.C.E., Wieringa, P.A. & Janssen, W.H., 'Intersection approach speed and accident probability', *Transportation Research Part F: Psychology and Behaviour* 2006, p. 155-171.
- Stipdonk, H., *Road safety in bits and pieces: for a better understanding of the development of the number of road fatalities*, Leidschendam: Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Verkeersveiligheid 2013.
- Strijards, G.A.M., *Facetten van dwaling in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1983.
- Strijards, G.A.M., *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988.
- Strijards, G.A.M., *Hoofdstukken van materieel strafrecht*, Utrecht: Lemma 1992.
- Sullivan, G.R., 'Knowledge, belief, and culpability', in: Shute, S. & Simester, A.P. (red.), *Criminal law theory: doctrines of the general part*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 207-226.
- Sverdlik, S., 'Crime and moral luck', in: Statman, D. (red.), *Moral luck*, Albany: State University of New York Press 1993, p. 181-194.
- SWOV, *Straffen in het verkeer*, SWOV-factsheet, Leidschendam: augustus 2013.
- SWOV, *Rijden onder invloed van alcohol*, SWOV-factsheet, Den Haag: september 2016.
- Taylor, B. & Rehm, J., 'The relationship between alcohol consumption and fatal motor vehicle injury: high risk at low alcohol levels', *Alcoholism: Clinical and Experimental Research* 2012, p. 1827-1834.
- Tillers, P., 'If wishes were horses: discursive comments on attempts to prevent individuals from being unfairly burdened by their reference classes', *Law, Probability and Risk* 2005, p. 33-49.
- Tversky, A. & Kahneman, A., 'The framing of decisions and the psychology of choice', *Science* 1981, p. 453-458.
- Tversky, A. & Kahneman, A., 'Loss aversion in riskless choice: a reference-dependent model', *The Quarterly Journal of Economics* 1991, p. 1039-1061.
- Van der Hulst, J.W., 'Het verlaten van de plaats van een verkeersongeval', *Delikt en Delinkwent* 2011, p. 524-543.



- Van Dijk, A.A., *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen: over opzet, schuld, schulditsluitingsgronden en straf*, Apeldoorn: Maklu-Uitgevers 2008.
- Van Dijk, A.A., 'Retributivist arguments against presuming innocence: answering to Duff', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2013, p. 249-267.
- Van Dijk, A.A., 'A cognitivist and volitionist analysis of conditional intent and conscious negligence in traffic cases on the basis of Desirability Maximization Theory', in: Van Dijk, A.A. & Wolswijk, H.D. (red.), *Criminal liability for serious traffic offences: essays on causing death, injury and danger in traffic*, Den Haag: Eleven International Publishing 2015, p. 173-225.
- Van Dijk, A.A. & Wolswijk, H.D., 'The complex nature of serious traffic offences', in: Van Dijk, A.A. & Wolswijk, H.D. (red.), *Criminal liability for serious traffic offences: essays on causing death, injury and danger in traffic*, Den Haag: Eleven International Publishing 2015, p. 1-8.
- Van Dorst, A.J.A., *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2015.
- Van Hamel, G.A. & Van Dijk, J.V., *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1927.
- Van Hattum, W.F.C., *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht. Deel 1: algemene leerstukken*, Arnhem: Gouda Quint 1953.
- Van Koppen, P.J. e.a., *De Schiedammer parkmoord: een rechtspsychologische reconstructie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003.
- Van Koppen, P.J., Van der Kemp, J.J. & Beijers, G.W., *De Warnsveldse pompmoord: ofwel de Vier van Warnsveld*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.
- Van Schild, J., 'Gevangenis en tbs geëist tegen daders van "sleepongeval"; "Rij maar door, anders krijgen we 20 jaar en tbs."', *Dagblad van het Noorden* 26 september 2001.
- Van Sliedregt, E., *Tien tegen één: een hedendaagse bezinning op de onschuldpresumptie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.
- Vellinga, W.H., *Ambtshalve onderzoeken en beslissen in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2015.
- Vlek, C., 'Modellen en methoden voor het begrijpen en verbeteren van beslissingen', in: Van Knippenberg, C.W.F., Rothengatter, J.A. & Michon, J.A., *Handboek sociale verkeerskunde*, Assen: Van Gorcum 1989, p. 91-124.

- Von Winterfeldt, D. & Edwards, W., *Decision analysis and behavioral research*, Cambridge: Cambridge University Press 1986.
- Wasik, M. & Thompson, M.P., “‘Turning a blind eye’ as constituting mens rea”, *Northern Ireland Legal Quarterly* 1981, p. 328-342.
- Wasserstrom, R.A., ‘Strict liability in the criminal law’, *Stanford Law Review* 1960, p. 731-745.
- Wedzinga, W., ‘Voorwaardelijk opzet is geen smeermiddel: enkele bespiegelingen over opzet en schuld naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad van 15 oktober 1996, NJ 1997, 1999’, *Advocatenblad* 1997, p. 497-501.
- Weiss, J.W., Weiss, D.J. & Edwards, W., ‘A descriptive multi-attribute utility model for everyday decisions’, *Theory and Decision: An International Journal for Philosophy and Methodology of the Social Sciences* 2010, p. 101-115.
- Wemes, L.T., ‘Strafbaarheid en zelfintoxicatie: actio libera in causa’, in: Boek, J.L.M. e.a., *Grensoverschrijdend strafrecht: een bundel opstellen geschreven door medewerkers van de afdeling straf(proces)recht*, Rijksuniversiteit te Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 85-104.
- Williams, B., ‘Moral luck’, in: Williams, B., *Moral luck: philosophical papers 1973-1980*, Cambridge: Cambridge University Press 1981, p. 20-39.
- Williams, G., ‘Blame and responsibility’, *Ethical Theory and Moral Practice* 2003, p. 427-445.
- Williams, G.L., *Criminal law: the general part*, London: Stevens & Sons 1953.
- Witjens, E.M., *Strafrechtelijke causaliteit: de redelijke toerekening vergeleken met het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2011.
- Wolswijk, H.D., ‘Opzet en willen; een bijdrage aan de discussie over het opzetbegrip’, *Delikt en Delinkwent* 2000, p. 793-811.
- Wolswijk, H.D., Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder, in: *Systeem in ontwikkeling: liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 547-565.
- Woxikon Online Synonym-Wörterbuch, <synonyme.woxikon.de>.

- Xiong, M., Greenleaf, R.G. & Goldschmidt, J., 'Citizen attitudes toward errors in criminal justice: implications of the declining acceptance of Blackstone's ratio', *International Journal of Law, Crime and Justice* 2017, p. 14-26.
- Young, L., Nichols, S., & Saxe, R., 'Investigating the neural and cognitive basis of moral luck: it's not what you do but what you know', *Review of Philosophy and Psychology* 2010, p. 333-349.
- Zaibert, L.A., 'Intentionality, voluntariness, and culpability: a historical-philosophical analysis', *Buffalo Criminal Law Review* 1998, p. 459-500.
- Zaibert, L.A., 'Intentionality and wickedness', in: Haybron, D.M. (red.), *Earth's abominations: philosophical studies of evil*, Amsterdam: Rodopi 2002, p. 33-49.
- Zaibert, L.A., *Five ways Patricia can kill her husband: a theory of intentionality and blame*, Chicago: Open Court 2005.
- Zijlstra, R., 'Rodel van 2007', *Zittingszaal 14*, 24 april 2008, <robzijlstra.com>.
- Zimmer, A.C., 'Verbal vs. numerical processing of subjective probabilities', in: Scholz, R.W. (red.), *Decision making under uncertainty: cognitive decision research, social interaction, development and epistemology*, Amsterdam: North-Holland 1983, p. 159-182.
- Zimmerman, M.J., 'Luck and moral responsibility', *Ethics* 1987, p. 374-386.
- Zimring, F.E., 'The medium is the message: firearm caliber as a determinant of death from assault', *The Journal of Legal Studies* 1972, p. 97-123.

## **Bijlage**

# **Relevante wetsbepalingen**

### **Art. 338 Wetboek van Strafvordering**

Het bewijs dat de verdachte het telastegelegde feit heeft begaan, kan door den rechter slechts worden aangenomen, indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door den inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen.

### **Art. 359 Wetboek van Strafvordering**

1. Het vonnis bevat het ten laste gelegde alsmede de vordering van de officier van justitie.
2. De beslissingen vermeld in de artikelen 349, eerste lid, en 358, tweede en derde lid, zijn met redenen omkleed. Het vonnis geeft, indien de beslissing afwijkt van door de verdachte dan wel door de officier van justitie uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, in het bijzonder de redenen op die daartoe hebben geleid.
3. De beslissing dat het feit door de verdachte is begaan, moet steunen op de inhoud van in het vonnis opgenomen bewijsmiddelen, houdende daartoe redengevende feiten en omstandigheden. Voor zover de verdachte het bewezen verklaarde heeft bekend, kan een opgave van bewijsmiddelen volstaan, tenzij hij nadien anders heeft verklaard dan wel hij of zijn raadsman vrijspraak heeft bepleit. (...)

### **Art. 45 Wetboek van Strafrecht**

1. Poging tot misdrijf is strafbaar, wanneer het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard.
2. Het maximum van de hoofdstraffen op het misdrijf gesteld wordt bij poging met een derde verminderd. (...)

### **Art. 57 Wetboek van Strafrecht**

1. Bij samenloop van feiten die als op zichzelf staande handelingen moeten worden beschouwd en meer dan één misdrijf opleveren waarop gelijksoortige hoofdstraffen zijn gesteld, wordt één straf opgelegd.

2. Het maximum van deze straf is het totaal van de hoogste straffen op de feiten gesteld, doch – voor zover het gevangenisstraf of hechtenis betreft – niet meer dan een derde boven het hoogste maximum.

### **Art. 287 Wetboek van Strafrecht**

Hij die opzettelijk een ander van het leven berooft, wordt, als schuldig aan doodslag, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie.

### **Art. 5 Wegenverkeerswet 1994**

Het is een ieder verboden zich zodanig te gedragen dat gevaar op de weg wordt veroorzaakt of kan worden veroorzaakt of dat het verkeer op de weg wordt gehinderd of kan worden gehinderd.

### **Art. 6 Wegenverkeerswet 1994**

Het is een ieder die aan het verkeer deelneemt verboden zich zodanig te gedragen dat een aan zijn schuld te wijten verkeersongeval plaatsvindt waardoor een ander wordt gedood of waardoor een ander zwaar lichamelijk letsel wordt toegebracht of zodanig lichamelijk letsel dat daaruit tijdelijke ziekte of verhindering in de uitoefening van de normale bezigheden ontstaat.

### **Art. 175 Wegenverkeerswet 1994**

1. Overtreding van artikel 6 wordt gestraft met:
  - a. gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, indien het een ongeval betreft waardoor een ander wordt gedood;
  - b. gevangenisstraf van ten hoogste een jaar en zes maanden of geldboete van de vierde categorie, indien het een ongeval betreft waardoor een ander lichamelijk letsel wordt toegebracht.
2. Indien de schuld bestaat in roekeloosheid, wordt overtreding van artikel 6 gestraft met:
  - a. gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien het een ongeval betreft waardoor een ander wordt gedood;
  - b. gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, indien het een ongeval betreft waardoor een ander lichamelijk letsel wordt toegebracht.

3. Indien de schuldige verkeerde in de toestand, bedoeld in artikel 8, eerste, tweede, derde of vijfde lid, dan wel na het feit niet heeft voldaan aan een bevel, gegeven krachtens artikel 163, tweede, zesde, achtste of negende lid, of indien het feit is veroorzaakt of mede is veroorzaakt doordat hij een krachtens deze wet vastgestelde maximumsnelheid in ernstige mate heeft overschreden, dan wel zeer dicht achter een ander voertuig is gaan rijden, geen voorrang heeft verleend of gevaarlijk heeft ingehaald kunnen de in het eerste en tweede lid bepaalde gevangenisstraffen met de helft worden verhoogd.

#### **Art. 177 Wegenverkeerswet 1994**

1. Overtreding van [artikel] 5 (...) wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste twee maanden of geldboete van de tweede categorie. (...)

